

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La hipoteca en el derecho inmobiliario inglés

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Fernando Baz Izquierdo

DIRECTOR:

Luis, 1931- , dir Díez-Picazo

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5329561249

TE

707

1

PAGS. 1 A

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

CAPITULO I

DERECHO DE COSAS: CONCEPTOS BASICOS

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

MADRID, 1977



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

Fernando Baz Izquierdo

Madrid, Diciembre 1977.

Director de la tesis:

B. Luis Díez Picazo y Ponce de León

Catedrático de Derecho civil



S U M A R I O G E N E R A L

	<u>Pág.</u>
NOTA PRELIMINAR	I
BIBLIOGRAFIA	III

Capítulo I

DERECHO DE COSAS: CONCEPTOS BASICOS

1. CONCEPTOS DE PROPIEDAD, POSESION Y DOMINIO (Property, Possession and Ownership).	1
2. DISTINCION ENTRE PROPIEDAD PERSONAL Y PROPIEDAD REAL (Personal and real property).	7
3. PROPIEDAD PERSONAL: REGIMEN JURIDICO GENERAL Y CLASES.	12
4. LA PROPIEDAD PERSONAL COMO OBJETO DE GARANTIA REAL.	28
5. CONCEPTO DEL INMUEBLE (Land).	35

Capítulo II

EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES: ORIGEN, EVOLUCION Y BASES DEL SISTEMA VIGENTE.

1. INTRODUCCION.	51
2. EL DERECHO COMUN Y LA EQUIDAD: NOCIONES GENERALES.	58
3. EL SISTEMA INMOBILIARIO DEL DERECHO COMUN.	84
4. MODIFICACION DEL SISTEMA INMOBILIARIO DEL DERECHO COMUN POR LA EQUIDAD.	122
5. PROPIEDAD VINCULADA (settlements).	157
6. LA SIMPLIFICACION DEL DERECHO INMOBILIARIO SUSTANTIVO.	173
7. LA SIMPLIFICACION DE LA CONTRATACION INMOBILIARIA.	185

Capítulo III

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS: MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO.	205
---	-----

Parte I

LA PERTENENCIA PLENA ABSOLUTA EN POSESION (The Estate in Fee Simple Absolute in Possession).	206
1. CONCEPTO Y REGIMEN JURIDICO.	214

Parte II

DERECHO INMOBILIARIO FAMILIAR (Family interests)	224
1. LA VINCULACION ESTRUCTA Y EL FIDEICOMISO PARA VENTA. (The Strict Settlement and the Trust for Sale).	226
2. PODERES EQUITATIVOS (equitable powers).	275
3. DERECHOS REALES LIMITADAMENTE HEREDABLES (entailed interests).	298
4. DERECHOS REALES VITALICIOS: EL USUFRUCTO DE LA PER- TENENCIA (life interests).	316
5. DERECHOS FUTUROS (future interests).	333
6. COMUNIDAD O COTITULARIDAD DE DERECHOS INMOBILIA- RIOS (concurrent interests).	381

Parte III

DERECHO INMOBILIARIO COMERCIAL (commercial interests)	413
1. ARRENDAMIENTOS REALES (leasehold or term of years absolulute).	416
2. DERECHOS PERSONALES (AUTORIZACIONES O LICENCIAS) DE GOCE INMOBILIARIO (licences).	514
3. SERVIDUMBRES DE USO (easements) Y SERVIDUMBRES DE DISFRUTE (profits).	531
4. PACTOS DE TRASCENDENCIA INMOBILIARIA (covenants affecting land).	607
5. RENTAS CENSALES (rentcharges).	644

Parte IV

EL TRAFICO JURIDICO DE LAS PERTENENCIAS Y DEMAS DERECHOS INMOBILIARIOS.	664
1. TRANSMISION "INTER VIVOS" DE LOS DERECHOS INMOBILIARIOS.	665
2. TRANSMISION "MORTIS CAUSA" DE LOS DERECHOS INMOBILIARIOS.	712
3. PRESCRIPCION EXTINTIVA DE LOS DERECHOS INMOBILIARIOS (limitation).	730
4. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL.	767

Capítulo IV

EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES

1. LA GARANTIA REAL Y SUS FORMAS: CONCEPTOS BASICOS.	828
2. EVOLUCION HISTORICA DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA.	838
3. CLASES DE HIPOTECA: OBJETO, FORMA Y PACTOS USUALES.	859
4. CAPACIDAD Y ESPECIALIDADES SUBJETIVAS HIPOTECARIAS.	912
5. TRANSMISION DE LAS HIPOTECAS "INTER VIVOS" Y "MORTIS CAUSA". SUBHIPOTECAS (transfer and devolution of mortgages: sub-mortgages).	958
6. DERECHOS DEL DEUDOR HIPOTECARIO (rights of the mortgagor).	981
7. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO (rights of the mortgagee).	1016
8. PRELACION DE HIPOTECAS (priority of mortgages)	1226
9. EXTINCION DE LA HIPOTECA (discharge of the mortgage).	1257
10. LIQUIDACION DEL CREDITO HIPOTECARIO (accounts).	1303

- - - - -

NOTA PRELIMINAR

El Derecho inmobiliario inglés y, en particular, su sistema hipotecario, es un tema tan extenso y complejo que resulta indócil a cualquier intento poco sólido de exponer y analizar sus instituciones.

Tras no poca reflexión hemos creído que el método mas provechoso para alcanzar el objetivo de nuestra investigación era el de elaborar un tratado básico de las instituciones inmobiliarias inglesas, respetando al máximo la sistemática seguida por la doctrina británica (que difiere en gran medida de la que es habitual entre nosotros) y dando primacía en su contenido a la jurisprudencia que, según es sabido, ocupa lugar preferente entre las fuentes del Derecho con que se nutren todos los sistemas jurídicos anglosajones.

Desde nuestra atalaya de juristas españoles el resultado de aquel esfuerzo investigador, a pesar de sus considerables proporciones, nos parecía incompleto por cuanto, a medida que fuimos avanzando en su ejecución, veíamos claramente la conveniencia de establecer paralelismos entre las instituciones jurídico-inmobiliarias inglesas y sus equivalentes españolas, haciendo, al propio tiempo, observaciones críticas sobre ambos sistemas. Para ello, entendimos que era necesario prologar cada uno de los epígrafes o apartados del tratado con un comentario que proyectara enriquecedoramente el contenido de aquél en nuestro propio Ordenamiento jurídico. Este es, muy en síntesis, el porqué de la estructura dual (comentario y tratado) que esta tesis ofrece, como puede advertirse con una simple ojeada al sumario que informa de su contenido.

Finalmente, también de forma muy concisa, queremos dejar constancia de la gran dificultad que ha supuesto la elección del léxico con el que nombrar a cada uno de los miembros de la numerosa familia inmobiliaria inglesa. La adopción, sin mas, de la nomenclatura de las instituciones españolas equivalentes hubiera supuesto una doble traición ya que ambos sistemas inmobiliarios son escasamente afines, dado que pertenecen a familias jurídicas cuyas relaciones de parentesco son muy remotas y, por ello, sus instituciones resultan difícilmente intercambiables. Otra alternativa que se nos ofrecía era el uso continuo de las voces inglesas con lo que las páginas de este estudio habrían quedado plagadas de palabras ajenas a nuestro idioma, lo que, en suma, constituye un recurso expositivo del que, por su ambivalencia, no se puede abusar sin menoscabo de la siempre necesaria claridad expositiva. Descartada, asimismo, por razones obvias, la traducción literal de los términos con que los juristas ingleses designan sus instituciones inmobiliarias, no quedaba mas alternativa que correr la aventura del neologismo, es decir, buscar traducciones libres cuyo significado se ajustara lo más posible a la naturaleza y contenido de la institución designada. Este fue, en definitiva, el camino elegido con el paliativo, en lo que tuviera de excesivamente aventurado, de citar entre paréntesis, a continuación del neologismo adoptado, el nombre inglés correspondiente.

Madrid, Diciembre de 1977.

EL AUTOR

B I B L I O G R A F I A

ALBALADEJO, Manuel. Derecho civil.

- Tomo I, vol. 1º. Introducción y Parte General. Introducción y Derecho de la Persona. 4ª edición. Barcelona, 1975.
- Tomo I, vol. 2º. Introducción y Parte General. La relación, las cosas y los hechos jurídicos. 4ª edición. Barcelona, 1975.
- Tomo II, vol.1º. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. 3ª edición. Barcelona, 1975.
- Tomo II, vol.2º. Derecho de obligaciones. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales. 3ª.ed. Barña.1975.
- Tomo III,vol.1º. Derecho de bienes. Parte general y de recho de propiedad. 2ª edición. Barcelona, 1976.
- Tomo III,vol.2º. Derecho de bienes. Derechos reales en cosa ajena y Derecho registral inmobiliario. 1ª edición. Barcelona, 1975.

BUILDING SOCIETIES ASSOCIATION

Building Societies: their history and their work; Londres, sin fecha.

CASTRO Y BRAVO, Federico de.

Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares. Anuario de Derecho civil, 1953.

CARDENAS HERNANDEZ.

Las fundaciones familiares en el Derecho privado. Revista de Derecho privado, 1952.

CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho civil español, común y foral.

- Tomo I, vol. 2, con adiciones de José Luis DE LOS MOZOS. Introducción y Parte General. Teoría de la relación jurídica, 11ª edición. Madrid, 1975.
- Tomo II, vol.1. Derecho de cosas. Los derechos reales en general. El dominio y la posesión. 10ª edición. Madrid, 1971.

- Tomo II, vol. 2, revisado y puesto al día por MARIN PEREZ, Pascual. Derecho de cosas. Los derechos reales restringidos. 11ª edición. Madrid, 1973.
- Tomo III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. 10ª edición. Madrid, 1967.
- Tomo IV, con el concurso de CALVILLO y MARTINEZ DE ARENAZA, Julio. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. 9ª edición. Madrid, 1969.
- Tomo VI, vol. 1. Derecho de sucesiones. La sucesión en general. 7ª edición. Madrid, 1973.
- Tomo VI, vol. 2, revisado y puesto al día por BATISTA MONTERO-RIOS, José, CASTAN VAZQUEZ, José María y VALLET DE GOYTISOLO, Juan. Derecho de sucesiones. Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa. 7ª edición. Madrid, 1973.
- Tomo VI, vol. 3, revisado y puesto al día por DE LOS MOZOS, José Luis. Derecho de sucesiones. Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión intestada. La sucesión contractual. La sucesión excepcional. 7ª edición. Madrid, 1971.

CHESHIRE and BURN, E.H.

Modern Law of Real Property. Fourth edition. London, 1972. Fifth edition. London, 1976.

CHICO Y ORTIZ, José María y BONILLA ENCINA, Juan Francisco.

Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral. Dos tomos. 2ª edición. Madrid, 1967-1968.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis.

- La doctrina de los propios actos. Barcelona, 1963.
- La prescripción en el Código civil. Barcelona, 1964.
- Las anotaciones preventivas. Revista de Derecho Notarial, mayo-junio, 1964, pág. 18.

FRANK, Jerome.

La influencia del Derecho europeo continental en el "Common Law". Traducción y comentario de José PUIG BRUTAU. Barcelona, 1957.

FISHER, LIGHTWOOD and TYLER, E.L.G.

Law of mortgage. Eight edition. London, 1969. Second Cumulative Supplement to Eight edition. London, 1973.

GONZALEZ, Jerónimo.

Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1925, págs. 11 y sgs.

JAMES, Philip S.

Introduction to English Law. Eight edition. London, 1972.

KIRPATRICK, Robert E.

Initiation au Droit Anglais. Bruxelles, 1964.

LOPEZ DE HARO.

El "ius usus inocui". Revista de Derecho Privado, 1920, págs. 16 y sgs.

MATTEI-GENTILI, Matteo.

Le "Building Societies" in Gran Bretagna. Milán, 1968.

NEGARRY, Robert and BAKER, P.V.

A Manual of the Law of Real Property. Fourth edition. London, 1969. Fifth edition. London 1975.

POUND, Roscoe.

El espíritu del "Common Law", traducido por José PUIG BRUTAU. Barcelona, sin fecha. La edición norteamericana es de 1954.

PUIG BRUTAU, José.

- Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios. Barcelona, 1951.
- La jurisprudencia como fuente del Derecho. Barcelona, 1951.
- Fundamentos de Derecho civil. Tomo III, vol. 1. El Derecho real. Posesión. Propiedad. Ejercicio de acciones. 2ª edición. Barcelona, 1971.
- Fundamentos de Derecho civil. Tomo III, vol. 2. Comunidad. Propiedad Horizontal. Propiedades especiales. Usufructo. Servidumbres. 2ª edición. Barcelona, 1974.

- Fundamentos de Derecho civil. Tomo III, vol. 3.
Prenda. Hipoteca. Reserva de dominio. Venta fiduciaria. Anotación preventiva. Tanteo. Retracto. Opción.
Censos. 2ª edición. Barcelona, 1973.

QUICKFALL, F.

Land Registry Practice. Eleventh edition. London, 1972.

ROCA SASTRE, Ramón María.

Derecho Hipotecario. Cuatro tomos. 6ª edición. Barcelona, 1968.

RUBINSTEIN, Ronald.

Iniciación al Derecho inglés. Versión española anotada por Enrique JARDÍ. Barcelona, 1956.

RUOFF, Theodore, B.F.

Land Registration Forms. Second edition. London, 1973.

SERRANO, Ignacio.

La reserva de los arts. 191 y 192 del Código civil.
Revista de Derecho Privado, 1943, pags. 39 y sgs.

SIM, R.S. and SCOTT, D.M.M.

English Law. Third edition. London, 1970.

WURTZBURG and MILLS, John.

Building Society Law. Fourteenth edition. London, 1976.

- - - - -

S U M A R I O P A R T I C U L A R

Capítulo I

Pág.

DERECHO DE COSAS: CONCEPTOS BASICOS.

1. CONCEPTOS DE PROPIEDAD, POSESION Y DOMINIO (Property, Possession and Ownership).	1
* COMENTARIO	1
TRATADO	3
2. DISTINCION ENTRE PROPIEDAD PERSONAL Y PROPIEDAD REAL (Personal and real property).	7
* COMENTARIO	7
TRATADO	10
3. PROPIEDAD PERSONAL: REGIMEN JURIDICO GENERAL Y CLASES	12
* COMENTARIO	12
TRATADO	15
3.1. Bienes corporales o susceptibles de posesión	15
3.2. Bienes incorporeales o no susceptibles de posesión	16
3.2.1. Efectos de comercio (negotiable instruments).	17
3.2.2. Patentes, modelos y dibujos (patents and desings).	19
3.2.2.1. Patentes.	19
3.2.2.2. Modelos y Dibujos registrados.	21
3.2.3. Propiedad intelectual (Copyright).	23
3.2.4. Marcas de fábrica y Nombres Comerciales (Trade marks and trade names).	26
3.2.4.1. Marcas de Fábrica.	26
3.2.4.2. Nombres comerciales.	28
4. LA PROPIEDAD PERSONAL COMO OBJETO DE GARANTIA REAL.	28
* COMENTARIO	28
TRATADO	31
5. CONCEPTO DEL INMUEBLE (Land).	35
* COMENTARIO	35
TRATADO	39

DERECHO DE COSAS: CONCEPTOS BASICOS.

1.- CONCEPTOS DE PROPIEDAD, POSESION Y DOMINIO (Property, Possession and Ownerahip).

- o - o - o -

* Ni el Derecho español ni el inglés se sustraen a la necesidad, que es común a todo sistema jurídico, de establecer distinciones clarificadoras entre conceptos tan esenciales como los de propiedad, posesión y dominio.

Según el esquema anglosajón, la propiedad es la cosa u objeto del que se puede ser dueño o poseedor, con su peculiaridad inmobiliaria, la pertenencia (estate), que no es sinónimo de bien inmueble, sino un concepto especial y abstracto, creado por los juristas anglosajones, mientras que el dominio es una voz en cuyo significado se encierran la totalidad de las facultades de uso y disposición jurídicamente posibles sobre las diversas formas de propiedad. Cuando ésta es inmobiliaria vuelven a surgir las especialidades a través de la distinción entre formas dominicales de duración ilimitada y de contenido máximo (estates of freehold) y formas de menor contenido y de duración determinada o determinable (estates less than freehold or leasehold). Por su parte, la posesión es una institución jurídica que constituye más la expresión fáctica de los diversos derechos reales que una categoría propia e independiente de éstos, como lo demuestra la peculiar "posesión inglesa de inmuebles" (seisin) y sus especiales efectos.

La precedente exposición de conceptos, a pesar de su elementalidad, nos permite sentar una distinción importante entre ambos sistemas jurídicos: la relativa heterogeneidad, en Derecho inglés, de los conceptos de propiedad,

posesión y dominio, basada en la diversa naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los bienes a que hayan de referirse y la homogeneidad sustancial que dichos conceptos tienen, con independencia de la clase de bienes de que se trate, en el ámbito del Derecho español. Con respecto a la posesión inglesa ha de reseñarse la opinión homogeneizadora de PUIG BRUTAU (Estudios de Derecho Comparado; págs. 56 y sgs. Barcelona, - 1951) que estima que la "possession" de los bienes muebles, lo mismo que la "seisin" de los inmuebles, ofrece en Derecho anglosajón, en general, el mismo aspecto o estructura obligacional.

De otra parte, la noción de propiedad es contrapuesta - en ambos sistemas jurídicos, al menos de acuerdo con el concepto que de ella parece predominar entre los autores españoles. Aunque alguno de ellos, como ALBALADEJO (Derecho civil III, 1º, Barcelona, 1976, pg. 243 y 244) estiman que la palabra propiedad se emplea en dos sentidos, uno impropio y otro riguroso, refiriéndose el primero, en general, a los bienes y derechos patrimoniales y expresándose con el segundo el poder jurídico pleno sobre una cosa, que queda sometida directa y totalmente a nuestro señorío exclusivo, lo cierto es - que en otro sector de la doctrina, integrado, entre otros, - por CASTAN (Derecho civil español, común y foral, II, 1º, Madrid, 1971, pgs. 60 y sgs.) y PUIG BRUTAU (Fundamentos de Derecho civil, III, 1º, Barcelona, 1971, pgs. 141 y sgs.) está ausente toda referencia a la propiedad como objeto de la relación jurídica dominical y de los restantes derechos reales subjetivos. La propiedad es definida como relación, sea meramente económico-social, sea propiamente jurídica, y no como objeto de dicha relación, cual sucede en Derecho inglés.

Asimismo, hay que destacar la relativa simplicidad del concepto -y aún de la normativa- de la posesión en su versión anglosajona y la gran complejidad conceptual, doctrinal y de régimen jurídico de la posesión hispánica en su doble manifestación como hecho y como derecho, que aceptan la generalidad de nuestros tratadistas.*

El instinto fundamentalmente pragmático, que constituye - una de las características que con trazo más firme definen el - sistema de vida del mundo anglosajón, nos sale al paso de inmediato cuando abordamos el estudio del Derecho de cosas y de la más importante de sus instituciones: el derecho de propiedad o dominio.

Así, puede hablarse, sin exageración, de ausencia casi - plena entre los juristas ingleses de disquisiciones teóricas so bre la etimología, acepciones y definiciones doctrinales del de recho de propiedad, vacío que también se extiende a las múlti- ples teorías que en el ámbito de la doctrina jurídica continen- tal buscan fundamento y justificación a un derecho que ha sido, es y será permanente fuente de controversias político-sociales. Tampoco preocupa el estudio de su naturaleza jurídica ni existe una definición legal a semejanza, por ejemplo, de la del artículo 348 de nuestro Código Civil.

Lo mismo puede decirse de otro concepto jurídico-real pa- ra nosotros básico, la posesión, del que hay no poca normativa en nuestro Código civil y además abundantísima bibliografía, to do ello para desentrañar su polémico concepto, establecer sus - clases y determinar sus efectos jurídicos.

El Derecho inglés, fiel al pragmatismo que lo inspira, - nunca ha desarrollado una definición amplia y lógica de estos - conceptos. Por esta causa, las ideas jurídicas en torno a ellos son genéricas y embrionarias, imprecisas y ambiguas.

Pero esta escasez de planteamientos teóricos y doctrina- les, más exactamente diríamos abstractos, no nos autoriza a in- currir en el fácil error de una evaluación superficial y preci- pitada, y a calificar de pobre y carente de interés el sistema jurídico-real inglés, concluyendo, injustamente, por menospre- ciarle. Los sistemas jurídicos han de medirse por sus resultados prácticos, vienen a decirnos, con unas u otras palabras, los au

tores ingleses. Irónicamente, al enjuiciar los méritos del Derecho inmobiliario inglés (English Land Law) CHESHIRE'S y BURN - ("Modern Law of Real Property. Duodécima edición. Londres, 1976 Pag. 5) dicen, al comienzo de su obra, que en las primeras ediciones confesaban que su libro -y el sistema jurídico en él es estudiado- no ofrecían verdadero aliciente intelectual y que es solamente constituía un tema de estudio válido por sí mismo. No obstante, y tras reflexión más madura, añaden que cuando se contempla como en un espejo este aspecto de la vida inglesa, plasmado en un sistema de normas de Derecho, que durante cerca de - mil años se ha ido adaptando, por sí mismo y sin excesivas tensiones ni desnaturalizaciones, a una sucesión de profundos -en ocasiones vertiginosos- cambios políticos y sociales, que culminaron con el advenimiento de la sociedad del bienestar, no puede ponerse en duda la positiva contribución de dicho sistema al pensamiento jurídico universal.

Hechas estas consideraciones, contentémonos con delimitar algunos conceptos que, aunque elementales, sean claros y nos - sirvan de introducción al desarrollo de los temas de este estudio.

Partiremos de los conceptos de dominio o derecho de propiedad (ownership) posesión (possession) y propiedad (property). - Los dos primeros son expresión de relaciones jurídicos entre - personas y referidos a cosas -y por tanto, derechos subjetivos- mientras que el último se refiere, principalmente, a los obje-tos sobre los que tales relaciones o derechos pueden establecerse.

Propiedad en Derecho inglés, aunque a veces se utiliza como sinónimo de dominio es, ante todo, "cualquier cosa u objeto del que se pueda ser dueño o poseedor". Como vemos, es éste un concepto muy amplio en el que tienen cabida prácticamente toda clase de bienes tanto si pueden ser poseídos o controlados físicamente como sí, en defecto de dicha posibilidad, su protección

ha de quedar reducida al ejercicio de las pertinentes acciones legales. No podemos, por consiguiente, hablar, en Derecho inglés, de un concepto de propiedad de valor abstracto y significado unívoco. Más exacto es dar por sentada la existencia de un conjunto bastante heterogéneo de propiedades reducible fundamentalmente a dos términos: propiedad personal y propiedad real. Reservamos para su estudio el apartado siguiente. Conviene resaltar ya desde aquí, a los particulares fines de nuestro estudio, que los inmuebles (land), en general, no pueden, en Derecho inglés, ser objeto directo de los derechos reales. Estos recaen sobre un ente abstracto, llamado pertenencia (estate), creación de los juristas anglosajones, cuyo concepto estudiaremos en otro lugar (v. 3.2.1. Capítulo II).

Para la existencia de la relación jurídica posesoria son esenciales dos elementos: "corpus possessionis" y "animus possidendi". El primero de ellos significa el ejercicio de un control sobre una cosa por procedimientos directos o indirectos. Ejemplo de este último es el control que se ejerce a través de un empleado o dependiente. El "animus possidendi" existe si está presente la intención de excluir a los demás del hecho posesorio. Si este requisito falta pero concurre el primero, no puede hablarse de posesión en sentido técnico sino de mera custodia (custody). La pérdida transitoria u ocasional del control físico de la cosa poseída no lleva aparejada la extinción de la posesión. Es evidente que quien sale o se va de su casa no pierde, por este simple hecho, la posesión de la misma, lo que tampoco ocurre a quien ignora accidentalmente el paradero de una cosa mueble mientras ésta se halle bajo su poder, criterio que coincide plenamente con el del artículo 461 del C.c. español.

El dicho de que la posesión nada tiene que ver con el Derecho, que es una expresión popular más que una máxima legal, encierra, en Derecho inglés, una gran dosis de verdad. El Derecho, añaden, protege la posesión porque las interferencias dirigidas contra ella podrían implicar una ruptura de la paz pú-

blica. Es más fácil, evidentemente, probar la posesión que el dominio y la regla es que si alguien reclama algo que está en posesión de otro ha de demostrar que su derecho a ostentar la posesión como hecho es más fuerte que el de su contrincante, sin que sea suficiente acreditar la titularidad de un derecho subjetivo más perfecto que el de su oponente. Enlazan estas consideraciones con lo que podríamos denominar "posesión inglesa de inmuebles" (seisin) concepto que se diferencia bastante de la posesión en sentido romanista y del cual daremos mayores precisiones en el Capítulo II.

POLLOCK (citado por SIM y SCOTT, English Law, London, 1970 pag. 131) en su libro "Jurisprudence", escribió que el "dominio puede ser descrito como la totalidad de las facultades de uso y disposición permitidas por el Derecho ..." sobre cualquier clase de propiedad, y, tal como veremos enseguida, las facultades jurídicamente reconocidas son más amplias cuando el dominio recae sobre muebles o propiedad personal (chattels) que sobre inmuebles o propiedad real (land).

Las definiciones técnicas del dominio o derecho de propiedad no abundan en la bibliografía jurídica inglesa. Además de la antes dicha cabe citar otra debida a un autor escocés, ERSKINE, (An Institute of the law of Scotland, II, 1, 1) que lo define como "el derecho de usar y disponer de una cosa como de nuestra pertenencia sin perjuicio de las limitaciones legales o contractuales establecidas". El Derecho escocés, no obstante el fuerte grado de unificación que ha alcanzado con el Derecho inglés, conserva un importante sustrato romanista, influencia que, en sus orígenes, fué de gran importancia y que es fácilmente advertible en la anterior definición.

Un exámen comparativo, aunque sea superficial, nos permite comprobar la distinta amplitud de las facultades reconocidas al dominio mobiliario y al inmobiliario. En primer lugar, pueden ser establecidos pactos restrictivos del uso de los inmuebles. mediante convenio, lo cual, generalmente, no puede hacerse cuando se trata de bienes muebles. Además los derechos reales de servi

te pueden recaer sobre inmuebles. De otra parte, determinadas - fuentes de riqueza de interés nacional vinculadas al suelo no - pertenecen al dueño de éste, como ocurre con gran parte de los yacimientos minerales. Asimismo, el uso al que pueden ser destinados los inmuebles, y principalmente el suelo, está sujeto a - fuertes restricciones nacidas de la legislación que planifica - su utilización y destino. Los cambios de actividad a realizar - en edificios comerciales y la edificación de inmuebles, por no citar sino un par de ejemplos, requieren, en todo caso, previa autorización administrativa. Finalmente, el dominio (ownership) en cuanto expresión de la relación jurídica inmobiliaria del - más amplio contenido posible, solo es utilizable en Derecho imobiliario en una acepción muy genérica. En su lugar los juristas ingleses acuñaron una peculiar figura jurídica, la pertenencia - (estate), cuyo concepto precisaremos más adelante (v.3.2.1. Capí tulo II) en sus dos formas principales: pertenencias plenas y - de duración indeterminada (estates of freehold or freehold esta tes) y pertenencias menos plenas y de duración determinada o de terminable (estates less than freehold o leasehold estates) (v. 3.2.2. capítulo II). Puntualicemos ya aquí, sin perjuicio de - volver sobre el tema, que las pertenencias son el objeto de los derechos reales inmobiliarios y, por traslación, los mismos de rechos en sus dos principales manifestaciones.

2. DISTINCION ENTRE PROPIEDAD PERSONAL Y PROPIEDAD REAL (perso nal and real property).

- o - o - o -

* Los juristas ingleses, al clasificar los bienes o propiedades, como ellos dicen, en personales y reales rehusan, según su habitual proceder, servirse de cualquier criterio técnico-jurídico abstracto para establecer tal dicotomía.

No atienden a exigencias físicas (situación fija e imposi
ble desplazamiento sin deterioro o, a la inversa, posible
 traslado de un lugar a otro sin detrimento de su naturale
za) ni a consideraciones económicas (la apriorística con
sideración de que unos bienes, según sus característic a s
 físicas, superan en valor e importancia a los otros) cri-
 terios que, aún estando en buena parte superados por las
 recientes transformaciones habidas en las formas de rique
za, constituyen un sólido fundamento conceptual de la divi
sión entre bienes muebles e inmuebles, que es la princi-
pal clasificación adoptada por el Código civil español.

En Derecho inglés, el criterio en que se apoyaba la
 dualidad entre propiedad personal y real estaba íntimamen-
 te ligado al sistema de acciones judiciales habilitado pa-
 ra su defensa. Solamente los titulares del "freehold esta-
 te", forma dominical inmobiliaria por antonomasia, que -
 eran desposeídos de su derecho, gozaban de una acción real
 que les permitía la recuperación de lo perdido. Los demás,
 incluidos inicialmente los dueños del "leasehold" o forma
 dominical menos plena, solo podían aspirar a una repara-
 ción económica compensatoria del quebranto patrimonial su-
 frido, que era personalmente exigible al autor del desa-
 guisado. En suma, los bienes o propiedades se catalogaban
 al amparo de un criterio judicial meramente pragmático -
 que conducía al absurdo de que la segunda, en importancia,
 de las formas dominicales inmobiliarias (leasehold) resul-
 tara incluida entre las formas de propiedad personal. En
 la actualidad, la propiedad real constituye el objeto de
 intereses jurídicamente protegibles de naturaleza mucho -
 más compleja y de contenido más limitado que la personal,
 mientras que ésta es susceptible de plena titularidad y -
 está sujeta a un régimen jurídico menos sofisticado.

Como resultado del largo proceso histórico racionali
zador de la clasificación que nos ocupa, que ha conducido

al trasvase de los arrendamientos reales o pertenencias menos plenas (leaseholds) del ámbito de lo personal a lo real, se ha producido una sustancial equivalencia práctica entre los conceptos ingleses de propiedad personal y real y los hispánicos de bienes muebles e inmuebles. Y es que, como certeramente pone de relieve ALBALADEJO (op. cit., I, 2º pags. 91 y sgs.) la división de los bienes en muebles e inmuebles alcanza a las cosas y a los derechos; se trata de que el legislador quiere catalogar dentro de uno u otro de ambos grupos a todos los bienes patrimoniales, principio que le obliga a crear la categoría de los llamados bienes muebles por exclusión, que sin serlo ni por naturaleza ni por analogía, ni tampoco estar comprendidos en la enumeración legal de inmuebles, se reputan muebles de acuerdo con lo prevenido en el art. 335 del C.c. En la amplísima y heterogénea categoría de los bienes muebles por exclusión tienen cabida, entre otros, los títulos-valores, la propiedad intelectual y la industrial, a los que también acoge en su seno, como enseguida veremos, la propiedad personal británica. De la semejanza entre "lo real" inglés y "lo inmueble" español, nos ocuparemos en el último apartado de este capítulo.

Adviértese, asimismo, el desinterés de la doctrina anglosajona por el estudio de otras posibles modalidades de clasificación de los diversos bienes o propiedades, lo que contrasta poderosamente con el nutrido repertorio y jugosa variedad de los grupos y subgrupos en los que la legislación y doctrina española encasillan la gran variedad de bienes que son objeto de relaciones jurídicas. Así, el Derecho inglés está prácticamente ayuno del estudio y tratamiento, en términos generales, de conceptos equivalentes a los de cosas específicas y genéricas, fun

gibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, presentes y futuras, divisibles e indivisibles, registrables y no registrables, simples y compuestas, de dominio público y de propiedad privada, en el comercio y fuera del comercio de los hombres, etc. que sin embargo son objeto de minucioso análisis en todas las obras de Derecho civil español.

- o - o - o -

En Derecho inglés, el criterio en el que se sustenta la clasificación de la propiedad permanece estrechamente unido al sistema de acciones judiciales que hace posible su defensa. Por ello, la propiedad se divide en personal y real ("real property" o "land" y "personal property", también denominada "chattels", voz derivada de "cattle" cuyos principales significados son hacienda y ganado), conceptos que sólo de un modo aproximado se corresponden con los nuestros de cosas o bienes muebles y cosas o bienes inmuebles, como veremos más adelante.

En el primitivo Derecho inglés, si una persona era despojada de su propiedad tenía derecho a obtener una reparación distinta según la clase de propiedad de que se tratase. Si había sido desposeído del "freehold estate" (el derecho inmobiliario de contenido y duración más amplios posibles) tenía para su recuperación una acción real consecuencia del derecho "in rem" que ostentaba sobre el inmueble del que había sido despojado, acción que le facultaba para recuperar la cosa misma objeto del litigio.

Sin embargo, si la desposesión era de cualquier otra cosa (incluido el "leasehold", derecho inmobiliario de contenido menos pleno y de duración determinada) el único remedio al alcance del desposeído era la obtención de una compensación monetaria. No podía pretender la recuperación de lo perdido. Su acción era solamente personal, nacida de un derecho "in personam", un derecho contra el autor del despojo.

Así pues, en el primitivo Derecho era propiedad personal la protegida por una acción de esta índole y propiedad real - aquella cuya acción permitía la recuperación de la cosa misma. La nomenclatura utilizada, no obstante ser un caso de "cola - agitando al perro" -según gráfica expresión de algún autor inglés- ya que la propiedad toma el nombre de la acción que la protege y no, como sería lógico, a la inversa, ha subsistido - hasta nuestros días.

Ahora bien, ha de tenerse presente, desde otro punto de vista, que la acción más enérgica estaba al servicio, en definitiva, de un superior interés. La distinción entre propiedad real y personal nos permite vislumbrar una diferencia muy importante en sus orígenes que cabe sintetizar en la afirmación de que ha de ser objeto de un tratamiento jurídico diverso la propiedad que pertenece principalmente al grupo familiar, frente a la que tiene por titular al individuo.

Es evidente, de todos modos, que la arbitraria distinción entre propiedad personal y propiedad real entrañaba una grave anomalía para el derecho de predominante contenido inmobiliario denominado "leasehold", al que ya hemos hecho referencia. Teóricamente, y también a efectos sucesorios, era propiedad personal pero por su naturaleza y no pocos de sus efectos se aproximaba más a la propiedad real, por cuyo motivo se acostumbraba a hacer una distinción dentro de aquélla entre "chattels real" ("leasehold interest") y "chattels personal", que traducida de un modo aproximado equivaldría a propiedad "personal-real" y propiedad puramente personal.

La principal diferencia entre propiedad personal y propiedad real estriba en que esta última, al ser difícilmente destructible, constituye el objeto de intereses jurídicamente protegibles de naturaleza mucho más compleja y de contenido más limitado, siendo consecuencia esto último de la enorme influencia que el feudalismo tuvo en su configuración. No ocurrió así con la propiedad personal, al menos con la puramente perso

áctica
se tenía como en la
ostentarse tanto

3. PROPIEDAD PERSONAL: REGIMEN JURIDICO GENERAL Y CLASES.

- o - o - o -

* La amplitud y heterogeneidad del concepto de propiedad personal son netas de tan acusada resonancia que resulta obligado hacer una disección del tema como planteamiento previo a su estudio.

La dicotomía que en el ámbito de la propiedad personal se establece entre bienes corporales o susceptibles de posesión e incorporeales o no susceptibles de posesión, que también es propia del Derecho civil español, se sustenta, en ambos sistemas jurídicos, en criterios que, en principio, guardan notable semejanza. Son cosas corporales, nos ilustra ALBALADEJO (Op. cit. I, 2º, pg. 88), las perceptibles materialmente por los sentidos, idea que está muy próxima a la de tangibilidad, manejada por el Derecho inglés, e incorporeales, las que tienen una entidad intelectual, como una obra literaria, artística, científica, etc., es decir, las que, según el punto de vista - anglosajón, no pueden ser tocadas o vistas separadamente de los títulos escritos que dan constancia, y no siempre, de su existencia.

Pero no es este , en Derecho inglés, el único criterio distintivo entre cosas incorporeales y corporales. - Junto a él se alinean las nociones de inviabilidad o viabilidad de la posesión en su consideración de expresión fáctica de un derecho, ya conocida, típica del sistema - anglosajón, y la protección exclusiva a través de los - Tribunales o también mediante una acción física directa, con lo que reaparece el sistema protector de los dere - chos sobre las cosas como punto de vista para clarificar éstas. Es aquí donde se rompe el paralelismo con nuestro

Derecho ya que en él, como puntualiza ALBALADEJO (Op. cit. III, 2º, pg. 48) con argumentos emanados del propio C.c. (arts. 430 y sgs.) no ofrece duda que la posesión como derecho, y también como expresión de un poder de hecho, puede recaer sobre las cosas incorpóreas.

Dentro del grupo de propiedades o cosas incorpóreas, la doctrina inglesa, sin propósito exhaustivo, establece cuatro subclases: efectos de comercio (letras de cambio, cheques y pagarés); patentes, modelos y dibujos, propiedad intelectual y marcas de fábrica y nombres comerciales.

Ninguna de las instituciones jurídicas que acabamos de enumerar, en traducción, a veces, imprecisa y relativa, son ajenas a nuestro sistema normativo, como veremos más adelante al esbozar su régimen jurídico. La propiedad intelectual y la industrial son objeto de amplio reconocimiento y detallada regulación en nuestro Derecho positivo, estando incluidas en el Código civil, en cumplimiento del mandato contenido en la Ley de Bases de 1888, aunque no pocos autores (vease CASTAN, entre otros, op. cit. II, 1º, pags. 62 y 63) engloba los derechos sobre estas cosas bajo la denominación genérica de derechos de propiedad o propiedades especiales, diciendo de ellos que no son derechos de propiedad en sentido técnico y estricto puesto que no recaen sobre cosas corporales, sino incorpóreas. Por contra, esta clase de bienes, al igual que los efectos de comercio, son admitidos sin reparos por la doctrina inglesa como posibles objetos del dominio sin establecer distinciones conceptuales entre el que puede tenerse sobre una joya o sobre una obra literaria.

Los efectos de comercio o documentos transmisibles, entendiendo por tales los derechos que en ellos se expresan, cuya vecindad con determinada subclase de nuestros títulos-valores (los títulos jurídico-obligacionales) salta a la vista, son bienes incorpóreos o no susceptibles de posesión, de acuerdo con la escala de valores del Derecho inglés, y ello a pesar de que el titular del derecho ha de ser quién detente el documento para que aquél sea ejercitable. Aunque la teoría sea diferente, la práctica se aproxima mucho al régimen imperante para nuestros títulos-valores, que están sometidos al tratamiento jurídico de las cosas muebles por la dependencia que en ellos se da del derecho respecto al documento.

No obstante, la diversidad de enfoque en esta materia es singularmente importante. En Derecho español son títulos que reflejan un valor, el cual tiene en su apoyo documental el vehículo necesario para su expresión, pero sin que ambos lleguen a identificarse por lo que, no son "casi" dinero, como en Derecho inglés. Entre nosotros, su efectividad monetaria está condicionada, en términos generales y sin entrar en detalles, a un variado conjunto de requisitos no sólo formales sino también materiales, en los que juegan las relaciones jurídicas de fondo que les dan vida, a través de la doctrina de la causa. Reflejo de este distinto enfoque son la existencia, en el ámbito jurídico inglés, de la letra de cambio y el pagaré al portador, figuras jurídicas absolutamente desconocidas en el Derecho privado español. La letra de cambio es, entre nosotros, un documento mercantil que necesariamente ha de extenderse a la orden, y, consiguientemente, transmitirse por endoso, mientras que el pagaré puede ser nominativo y a la orden, pero -

nunca al portador. *

- o - o - o -

La propiedad puramente personal (chattels personal), a la que dedicaremos con exclusividad este apartado, se divide en dos categorías principales que han de ser objeto de estudio por separado: bienes susceptibles de posesión o corporales (choses or things in possession) y bienes no susceptibles de posesión o incorporeales (choses or things in action).

3.1. Bienes corporales o susceptibles de posesión.

Son bienes susceptibles de posesión los de naturaleza tangible, los que pueden ser físicamente entregados a cualquiera y materialmente controlados por su poseedor y que a su vez tienen la condición de muebles, como animales, vestidos, mobiliario, automóviles, etc. El control de estos bienes se puede perder y recuperar mediante una acción física directa, sin que sea estrictamente necesario acudir al auxilio de un Tribunal. Es su tangibilidad, su corporeidad, lo que principalmente les caracteriza, en contraposición a los bienes no susceptibles de posesión, que carecen de tal condición. Los derechos del dueño de los bienes susceptibles de posesión están protegidos por el "law of torts", equiparable, en cierta medida, al régimen de la culpa extracontractual o aquiliana, y por el Derecho penal ("criminal law").

Entre los bienes susceptibles de posesión destacan, por las peculiaridades de su normativa, los barcos. Así, entre otros aspectos, descuellan la obligación de registrar su propiedad, la limitación de ésta a los súbditos o sociedades británicas o de la Commonwealth (en este caso cumplidas determinadas condiciones), límite máximo de 64 condóminos en caso de

proindivisión, transmisión de su propiedad sujeta a especiales solemnidades, etc.

3.2. Bienes incorporeales o no susceptibles de posesión.

Hay muchas formas de propiedad cuyo objeto no tiene existencia física y tangible. Créditos, valores mobiliarios y participaciones en una compañía, por ejemplo, son formas de propiedad pero no pueden ser tocados o vistos separadamente de los títulos escritos que dan constancia, y no siempre, de su existencia.

La propiedad de este género es conocida como propiedad no susceptible de posesión o propiedad incorporal, si bien la nomenclatura inglesa (choses in action) hace directa referencia no al aspecto negativo de la ausencia de corporeidad sino al positivo de ser la acción ante los Tribunales el único medio positivo de protección jurídica del derecho de propiedad sobre tales bienes. El dueño de los mismos no puede ser garantizado manteniéndole en o restituyéndole la posesión, por la sencilla razón de que tal posesión no es posible. La protección efectiva únicamente es viable mediante una acción ante los Tribunales, de cuya circunstancia deriva el nombre con que se conoce esta modalidad de propiedad.

Este grupo de bienes de propiedad personal admite una clasificación en cuatro importantes subgrupos que, sin abarcar a todos ellos, comprende a los más representativos. Son éstos: efectos de comercio o documentos negociables (negotiable instruments), patentes, modelos y dibujos (patents and designs), propiedad intelectual (copyright) y marcas de fábrica y nombres comerciales (trade marks and trade names).

3.2.1. Efectos de comercio (negotiable instruments).

Ya en la Edad Media, los mercaderes europeos habían inventado los efectos de comercio como sustitutivos del dinero en las transacciones comerciales.

Un efecto de comercio, que también podríamos llamar documento o instrumento transmisible o negociable, es, en síntesis, un título escrito que representa dinero. Tres son los requisitos cuya concurrencia es necesaria para que los Tribunales le reconozcan la condición de transmisible: ha de ser, como es obvio, libremente transmisible, cual si fuera dinero metálico, por simple entrega; el derecho ha de ser ejercitable por quien a la sazón tenga el documento y, por último, - ha de reunir la condición de transmisible o de negociable en virtud de disposición legal o costumbre. Consecuencia lógica de este último requisito es la aplicación del principio de - "numerus apertus" a la relación de efectos de comercio, puesto que en virtud de un precepto legal o de una costumbre pueden aparecer nuevas modalidades incrementando así el censo - de las ya existentes. La costumbre, no obstante, al igual - que en todos los sistemas jurídicos, resulta difícil de probar y, por ello, ha de tenerse en cuenta que la aparición de nuevos efectos de comercio no es un hecho especialmente frecuente en nuestros días.

Una vez adquirida la condición de transmisible o negociable, el documento queda básicamente equiparado al dinero de tal manera que, quién lo adquiera de buena fe y pruebe - haber entregado a cambio el correspondiente contravalor, se convierte en su dueño aún cuando el transmitente no lo fuera. En suma, es posible la adquisición "a non domino" ya que cumplidos los requisitos indicados no rige el principio jurídico "nemo dat quod non habet". No obstante, en ocasiones la - transmisibilidad puede ser excluida mediante cláusula añadida al propio documento; en tales supuestos se desvanece la -

asimilación con el dinero.

Son tres los tipos más comunes de efectos de comercio: - letras de cambio (bills of exchange), cheques (cheques) y pagarés (promissory notes). La normativa reguladora de las letras de cambio, cheques y pagarés -el recurso al léxico castellano es, se ha de insistir, principalmente gramatical y no - implica rigurosa equivalencia institucional- está, en su mayor parte, sistematizada en la Ley de la Letra de Cambio (Bills of Exchange Act) de 1882 que la define como una orden escrita e incondicional dirigida por una persona a otra, firmada por aquélla, en cuya virtud se requiere a ésta para el pago de - una suma cierta de dinero, a la orden de determinada persona o al portador, contra presentación del documento de inmediato, en fecha determinada en el mismo o determinable según lo especificado en él.

El cheque es definido por el mismo texto legal como una clase de cambial o mandato de pago dirigido a un banquero y - pagable de inmediato. Es de aplicación también la Ley del Cheque (Cheques Act) de 1957 que introdujo modificaciones con relación a la normativa precedente.

La ley de 1882 define el pagaré (promissory note) como - una promesa incondicional y escrita hecha por una persona a - otra, firmada por el autor, comprometiéndose contra presentación del documento, de inmediato, en fecha fijada en él o determinable según lo especificado en el mismo, a pagar una suma cierta de dinero al destinatario de la promesa, a la orden de él o al portador.

No deben confundirse los pagarés con los I.O.U. ya que - éstos no tienen una validez jurídica especial, no aplicándose

./.

para este tipo de documentos las normas que rigen en materia de instrumentos negociables. En términos generales, podemos decir que el I.O.U. ("I owe you", yo le debo) es tan solo la fórmula que ha sido adoptada para hacer constar el reconocimiento de una deuda.

3.2.2. Patentes, modelos y dibujos (patents and desings).

3.2.2.1. Patentes.

Las patentes son derechos concedidos por la Corona (símbolo supremo de la soberanía estatal) a determinadas personas para monopolizar los beneficios de un invento, por un periodo de tiempo limitado. Los derechos de esta naturaleza se denominan patentes (patents) porque eran otorgados mediante cartas abiertas o públicas (Letters Patent) de la Corona.

El origen del Derecho de patentes está en el Estatuto de Monopolios de 1623 con el que se puso fin a los abusos de los monarcas de la dinastía Tudor, especialmente de Jaime I, que concedían toda clase de monopolios en beneficio exclusivo de particulares. El Estatuto dió fin a estas prácticas con la sola excepción de respetar la concesión de monopolios "a los primeros inventores de manufacturas" ya que se estimó, con buen juicio, que habrían de repercutir las novedades en beneficio del comercio y del público en general. La norma vigente es la Ley de Patentes de 1949 (Patents Act 1949) con las modificaciones introducidas posteriormente.

La protección a los inventores dura, por lo general, 16 años, prorrogables por cinco años y, excepcionalmente, por otros dieciseis. Se entiende por inventor no sólo el creador de algo nuevo sino el que lo introduce en el país con autorización de quién lo inventó. Invento es todo nuevo artículo o manufactura o todo método o proceso de prueba aplicable al me

joramiento o control de manufacturas. La novedad y la finalidad eminentemente práctica de la invención son requisitos - esenciales desde el punto de vista legal.

El reconocimiento o concesión de las patentes se hace a través de la Oficina competente (Patent Office) dirigida por un funcionario llamado Intendente General de Patentes, Modelos, Dibujos y Marcas de Fábrica (Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks) que controla, a través de la memoria que con carácter provisional o definitivo (specification provisional or complete) ha de presentar el solicitante, el cumplimiento de los requisitos legales. La ausencia de éstos autoriza al Intendente a denegar la concesión de la patente. También puede, en los doce meses siguientes a su conce - sión, tratándose de una memoria provisional y concurriendo - determinadas circunstancias, revocar concesiones ya otorga - das y también autorizar el uso de determinadas patentes (en materia de alimentación y farmacia) a personas distintas del inventor. Antes de promulgarse la ley de 1949, el indicado - funcionario no tenía competencia para determinar si la nove - dad poseía, o no, mérito inventivo, pero actualmente puede - negar una patente si quién a ello se opone demuestra que el pretendido invento es obvio.

Sus decisiones son recurribles ante el Tribunal de Ape - lación de Patentes (Patents Appeal Tribunal) compuesto de - uno o más jueces procedentes del Alto Tribunal de Justicia - (High Court of Justice) -por encima del cual sólo está la Cámara de los Lores en cuanto Tribunal Supremo del país- entre cuyos poderes se cuenta también el de revocar patentes conce - didas.

El propietario de una patente no tiene obligación de explotarla industrialmente. Puede venderla, arrendarla o auto - rizar su explotación a otra persona en la forma y en las con

diciones que se convengan. Pero si abusa de sus derechos de exclusiva, negándose a explotar su patente o a conceder a otras personas la correspondiente autorización para hacerlo, perjudicando con su conducta los intereses sociales, puede ser obligado por el Intendente o por los Tribunales a ceder su explotación e, incluso, puede verse privado de su derecho por revocación -posibilidad ya aludida anteriormente- a instancia de cualquier interesado o de un departamento estatal, y siempre que hayan transcurrido más de tres años desde la fecha de concesión.

Los titulares de patentes pueden acudir a los Tribunales para impedir infracciones cometidas contra su derecho y obtener reparación por razón de ellas. En tal sentido, están facultados para solicitar un mandamiento conminatorio -de los Tribunales, con el fin de reprimir las infracciones, e indemnización por daños y perjuicios, pudiendo, el demandado, oponerse a la acción alegando no haber infringido la patente o la invalidez de ésta o ambos argumentos a la vez. Si invoca la invalidez de la patente deberá formular una demanda reconvencional pidiendo su revocación. La validez de una patente puede discutirse alegando que el invento no es nuevo, que es obvio, que carece de utilidad o que la correspondiente memoria es inadecuada.

3.2.2.2. Modelos y Dibujos registrados.

Se rige esta modalidad de propiedad por la Ley de Modelos y Dibujos Registrados (Registered Designs Act) de 1949 y por sus modificaciones posteriores.

El significado legal de estos conceptos es, según su Ley reguladora, el de "dibujos de figuras, perfiles, modelos y ornamentos incorporados a un artículo mediante cual -

quier proceso industrial o de manera similar, con la única finalidad de atraer la atención del público y ser juzgados por la vista o apariencia, quedando expresamente excluidos tales elementos, así como cualquier principio o método de construcción, si son inherentes a la función principal que el artículo ha de desempeñar". Es decir, que no son modelos y dibujos registrables a los efectos legales los de finalidad principalmente funcional y no decorativa.

A fin de obtener la protección legal y la exclusividad de uso durante el periodo de tiempo establecido, el dueño (que puede ser el autor del diseño o el cesionario de sus derechos) ha de solicitar del Intendente General de Patentes, Modelos y Dibujos y Marcas de Fábrica que registre su propiedad.

La exclusividad del derecho a usar del modelo o dibujo se concede por un plazo de cinco años, prorrogable por otros dos plazos de igual duración mediante el pago de las tasas correspondientes. La exclusividad del uso abarca la fabricación, venta, exportación y alquiler de todo artículo respecto al cual el modelo o dibujo fué registrado y al cual haya sido incorporado.

El sistema de recursos contra las decisiones de la Oficina de Registro y el de protección de los derechos del propietario inscrito son muy similares a los que rigen para las patentes.

El Ministerio de Comercio e Industria (department of Trade and Industry) está facultado para reglamentar sobre las formalidades que deben observarse en la expedición de patentes y en el registro de modelos y dibujos.

3.2.3. Propiedad intelectual (Copyright).

La normativa reguladora del derecho de propiedad intelectual está contenida, casi en su totalidad, en la Ley de Propiedad Intelectual (Copyright Act) de 1956 modificada posteriormente. Esta Ley define el derecho de propiedad intelectual con referencia a un trabajo u obra como "la facultad exclusiva de hacer, y de autorizar a otras personas a hacer, de determinados actos con relación a dicho trabajo u obra". Y continua: "Dichos actos, en relación con obras de cualquier género, son los que se determinan suficientemente en esta Ley como actos restringidos por razón del derecho de propiedad intelectual".

Inicialmente, hay dos nociones fundamentales que precisar. Una es que el derecho de propiedad intelectual protege las formas originales de expresión, y no las ideas en sí mismas o el tema o argumento de la obra. La otra es la de que la finalidad de este derecho es evitar el plagio, por lo que sólo existe infracción si se copian las obras protegidas y no la hay si se puede demostrar que no se conoció ni pudo conocer la obra respecto a la cual parezcan existir indicios de haber sido plagiada. Alguna similitud con este supuesto hay en lo que se denomina "infracción inocente", que existe cuando alguien reproduce una obra protegida por el derecho de propiedad intelectual desconociendo esta circunstancia. Se prohíbe e impide la difusión de tales actos pero su comisión no da lugar a indemnización de daños y perjuicios.

La clase de obras que la Ley hace objeto del derecho de propiedad intelectual son las literarias, teatrales, musicales, artísticas, grabaciones discográficas y similares, televisivas y ediciones especiales de obras literarias, dramáticas y musicales. Este último concepto constituye una novedad en la Ley de 1956 y está basado principalmente en la origina-

lidad del formato con que son publicadas las referidas obras que por su antigüedad carecerían por sí mismas de toda protección legal. Aunque la simple idea no es objeto de derechos de autor, como ya quedó dicho, la propiedad intelectual comprende cuanto se traduce en el papel, siempre que implique habilidad y esfuerzo y, sea, de una forma o de otra, original. Así, por ejemplo, la confección de un horario de trenes puede ser objeto de derechos de autor, puesto que se trata de algo no sólo original, sino que también exige habilidad y esfuerzo. En el campo de las creaciones artísticas se extiende a las pinturas, dibujos, mapas, planos, fotografías, esculturas y obras de arquitectura.

Son actos prohibidos por el derecho de propiedad intelectual aquellos que lo infringen. Varían notablemente en función de la diversa naturaleza de las obras protegidas. Genéricamente podemos señalar entre ellos la reproducción, venta, exposición y alquiler de las obras sin autorización de su dueño.

El derecho de propiedad intelectual se adquiere cuando la obra se escribe, hace o crea. Pero, si una obra es escrita en virtud de un arrendamiento de servicios, el derecho lo adquiere el arrendador. Es, por supuesto y con carácter general, un derecho transmisible.

Su duración es, por lo general, de quince años. En el caso concreto de las obras literarias, dramáticas o musicales dicho plazo se computa a partir de la fecha de la muerte del autor. La utilización de buena fe (fair dealing) de obras protegidas no constituye una infracción; tal es el caso de un estudiante que copia un libro de texto para su exclusivo uso.

Los principales remedios de orden civil contra las infracciones del derecho de propiedad intelectual son: embargo de - lo producido como consecuencia de la infracción, indemniza - ción de daños y perjuicios, reclamación de los beneficios ob - tenidos por el infractor (account of profits) y, en determina - dos casos y si la infracción reviste especiales caracteres de gravedad, daños ejemplares (exemplary or punitive damages), - especie de sanción económica que sobrepasa los límites del da - ño material estrictamente causado. Igualmente, determinadas - infracciones son configuradas como delictivas (summary offen - ces), como hacer o vender copias ya prohibidas de obras ampa - radas por el derecho de propiedad intelectual. Todo ello sin olvidar el mandamiento o requerimiento (injunction) para impe - dir violaciones futuras.

Las acciones por violación de los derechos de autor han de interponerse dentro de los tres años siguientes a la publi - cación de la obra que los infringe, plazo que corre a partir de la fecha en que la obra en cuestión fué representada o ven - dida por última vez, ya que cada representación o venta cons - tituye una infracción de la propiedad intelectual.

Para entender en estas materias la Ley creó un Tribun al especial denominado Tribunal del Derecho de Representación - (Performing Right Tribunal) que, entre otras importantes fun - ciones, cumple la de resolver las divergencias entre quien - quiere representar obras protegidas por el derecho de propie - dad intelectual y ciertas organizaciones autorizadas en exclu - siva para reproducciones o representaciones, como la B.B.C. - en materia televisiva y la Sociedad de Derechos de Autor - (Performing Right Society) que controla y protege los dere - chos de interpretación de la mayor parte de las obras musica - les, concediendo licencias de interpretación en público, y - persiguiendo las infracciones mediante denuncia ante los Tri - bunales.

3.2.4. Marcas de fábrica y Nombres Comerciales (Trade marks and Trade Names).

3.2.4.1. Marcas de Fábrica.

Marca de fábrica es la utilizada por un fabricante o - comerciante, en conexión con determinadas mercancías, a fin de dar a conocer que son suyas.

Con independencia de la protección que cabría denominar estrictamente legal (a la que nos referiremos enseguida) el derecho de usar marcas de fábrica está protegido, si - bien insuficientemente, mediante la acción de usurpación - (versión castellana muy libre de la difícilmente traducible expresión inglesa "passing off") situada en el ámbito del - Derecho regulador de la culpa extracontractual o aquiliana (Law of Torts). Hay usurpación, o "passing off", cuando se dañan los intereses comerciales de otro mediante actos tendentes a confundir al público haciéndole creer que las actividades industriales o comerciales ajenas son las propias. Puede producirse de mil maneras distintas, una de las cuales es la de imitación o adopción indebida de marcas -y nombres- de fábrica. La insuficiente protección que proporciona la acción de "passing off" deriva del hecho de que sobre el comerciante o industrial perjudicado recae la carga de - la prueba de que su marca ha adquirido en el conocimiento - del público una especial conexión que la asimila a su peculiar actividad comercial. Si tal prueba no se logra, la acción no prospera.

Ahora bien, la Ley de Marcas Registradas (Trade Marks Registration Act) de 1875 introdujo un sistema paralelo de protección que, sin eliminar el anteriormente expuesto, suprimió la necesidad de la difícil prueba con respecto a las

marcas registradas, con lo que éstas pueden considerarse como una modalidad de propiedad incorporal. La Ley de 1875 fué sustituida, en 1938, por otra de concepción más moderna.

La inscripción registral de las marcas está bajo el control del ya mencionado Intendente General de Patentes, Modelos, Dibujos y Marcas de Fábrica. La sección correspondiente a Marcas de Fábrica está dividida en dos partes, Parte A y - Parte B.

Requisito necesario para obtener la inscripción en la Parte A es el de que la peculiaridad de la marca permita diferenciar las mercancías a las que se aplica de otras similares ya existentes en el mercado, sin que induzca a confusión con ellas ni siquiera fonética.

La inscripción en la Parte B está sujeta únicamente al requisito de fondo de que la marca, en el curso del tiempo, pueda o sea apta de llegar a ser distinguida como las inscribibles en la Parte A lo son en el momento de efectuarse su inscripción. En resumen: peculiaridad existente para las inscribibles en la Parte A y peculiaridad viable para las inscribibles en la Parte B.

Los efectos de la inscripción se extienden por un periodo de siete años renovables por periodos sucesivos de catorce años. La inscripción en la Parte A confiere al propietario inscrito la exclusividad del uso de la marca registrada. La inscripción en la Parte B produce en gran medida este mismo efecto pero, en el supuesto de que el titular de la marca registrada promueva una demanda por infracción de su derecho, carece de título para obtener una reparación si el demandado consigue demostrar que la supuesta infracción fué inoperante para engañar o confundir al público. Es decir, la exclusividad no queda protegida de modo absoluto y el perjuicio, even

tualmente causado con su quebranto, no se considera producido de modo automático sino que admite prueba en contrario.

3.2.4.2. Nombres comerciales.

Nombre comercial es el utilizado por los comerciantes - para diferenciar su firma o sus productos de los de los demás. Cuando el uso da el fruto apetecido, y el público relaciona el nombre con el comerciante o sus productos, aquél - puede acudir a la acción de usurpación (passing-off) para defender su creación comercial de los ataques de sus competidores.

La eventual coincidencia, y consiguiente incompatibilidad, no siempre se resuelve con la prohibición de uso al litigante de menor derecho. Los Tribunales pueden resolver, - por ejemplo, que un comerciante quede obligado a usar su nombre completo en lugar de sus iniciales, en las que se produjo la coincidencia que motivó el pleito. Los nombres comerciales no son registrables.

4. LA PROPIEDAD PERSONAL COMO OBJETO DE GARANTIA REAL.

- o - o - o -

* El Derecho inglés, al igual que el nuestro, reconoce la posibilidad de que, en virtud de pacto, se constituyan derechos reales de garantía mobiliaria o personal, según sus léxicos respectivos. Básicamente, y seguimos en el terreno de las coincidencias entre ambos Ordenamientos jurídicos, se distingue entre unos derechos reales de garantía que conllevan el traspaso de la posesión de aquélla al acreedor (prenda) y otros que no producen tan radical efecto práctico, permitiendo que el -

./.

deudor continúe poseyendo la cosa vinculada a la seguridad del crédito, alternativa cuya racionalidad económica no requiere especial ponderación.

En torno a este segundo supuesto surgen importantes diferencias de enfoque entre la ley española de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954 y la británica de contratos de compraventa de 1882. Al amparo de esta última, el acreedor adquiere el dominio de la cosa y no un simple derecho real de garantía sobre ella, solución verdaderamente radical que no tiene parangón en nuestros textos legales. De ahí que, en Derecho inglés, solo en términos muy genéricos sea válido hablar de hipoteca mobiliaria ya que para la finalidad práctica que con ella persigue el legislador español se han instrumentado las compraventas para garantía, recurso que ciertamente es impropio de una técnica jurídica depurada, lo que no obsta para que, como es habitual en Derecho inglés, se alcancen resultados prácticos satisfactorios gracias a la función atemperante de los principios jurídicos con la realidad, que la jurisprudencia inglesa tan sabiamente ejerce.

Los derechos de retención son garantías o privilegios crediticios sobre bienes o propiedad personal, instrumentados por la ley para asegurar el cumplimiento de obligaciones asumidas en virtud de pacto. Su origen es, por ello, directamente legal e indirectamente contractual: no nacen sin que exista una obligación principal pero producen sus efectos sin necesidad de que se pacte expresamente su existencia. Merced al derecho de retención, el acreedor queda legitimado para gozar de la posesión de un bien o grupo de bienes del deudor conservando la que ya tuviere o adquiriendo o controlando la

que aún no ostentase, con o sin ulterior facultad de venta para satisfacción de su crédito.

En la precedente caracterización general se incluye un conglomerado de facultades diversas de cuyo desglose resulta la existencia de un derecho de retención propio (que tiene su raíz en el Derecho común y tiende a conservar una situación posesoria en curso) y un derecho de retención impropio o asimilado (cuyo origen está en la - Equidad y se orienta a controlar una situación posesoria adversa al titular del derecho). Los derechos de reten - ción propios pueden ser objeto de una doble clasifica - ción: con o sin facultad de venta aneja y singulares o - universales. Más adelante ilustraremos estas clasifica - ciones con ejemplos.

El parentesco entre las abundantes manifestaciones del derecho de retención inglés y ciertas instituciones jurídicas hispanas es muy próximo. Así, el depositario - puede rete ner en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito - (art. 1780 del C.c.) pero carece de facultad para promo - ver directamente su venta con tal fin. Las ideas inspira - doras del derecho de retención están igualmente presen - tes, aunque también sin facultad, por lo general, de - promover directamente la venta, en el articulado del C.c. (arts. 1921-1929) relativo a clasificación y prelación - de créditos, singularmente en los artículos 1922 y 1926. En ellos tienen amparo, entre otros, los créditos por - construcción, reparación y conservación de bienes mue - bles en poder del deudor y los derivados del contrato de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada, que gozan de preferencia hasta donde alcance el valor de los mismos.

En esta misma línea se situa el vendedor o acreedor

en las ventas de bienes muebles a plazos, que el legislador asimila a un acreedor prendiario, normalmente carente de la posesión de la cosa vendida (art. 19 de la ley de 17 de julio de 1965 reguladora de las ventas a plazos de bienes muebles) cuya similitud con alguna de las formas del derecho de retención basado en la Equidad es muy clara. De otra parte, el art. 1.502 del C.c. recoge también la idea básica del derecho de retención al facultar al comprador perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida para suspender el pago del precio, es decir, para retener éste hasta el cese de la perturbación o el peligro.

De lo que no hay manifestación correlativa alguna - en nuestro Ordenamiento jurídico es del llamado derecho de retención universal: ni los abogados ni los banqueros españoles, a diferencia de sus colegas ingleses, gozan - de la facultad de retener los bienes propiedad de sus - clientes, cuya posesión les hubiere sido confiada, para así hacer efectivos los derechos nacidos de todas las relaciones jurídicas mantenidas con ellos que estén pendientes de cumplimiento.*

- o - o - o -

La propiedad personal, al igual que los inmuebles, puede servir para asegurar el cobro de créditos con arreglo a diversas formas de garantía real. Veamos algunas de sus modalidades.

En primer lugar, la propiedad personal puede ser hipotecada, dando a esta expresión un significado amplio, es decir, constituir el objeto de una garantía real mobiliaria. En el caso de hipoteca de bienes corporales (excepción hecha de los

barcos, de cuyo régimen especial no vamos a hacer mención) si las estipulaciones de la hipoteca son tales que el deudor retiene la posesión mientras que el acreedor adquiere el dominio, y si el contrato se solemniza mediante documento escrito, éste se denomina un contrato de venta para garantía (security bill of sale), que ha de inscribirse en la Oficina Central de la Corte Suprema (Central Office of the Supreme Court) según lo establecido en Ley de Contratos de Compraventa (Bills of Sale Act) de 1882. El contrato ha de cumplir determinados requisitos de fondo y forma, como la determinación del importe del préstamo realizado por el acreedor, estando establecido un mínimo para que entren en juego estas formalidades. Con el cumplimiento de estos requisitos se pretende, con mayor o menor éxito, proteger al deudor contra la usura mientras que con la publicidad registral se quiere hacer posible el conocimiento general del contrato protegiendo así a los terceros ajenos a la relación contractual contra la apariencia de propiedad que el deudor, al retener la posesión, ofrece a dichos terceros.

Además de hipotecados, los bienes corporales susceptibles de propiedad personal pueden ser pignorados (pledged or pawned). En este caso, el acreedor prendiario (pledgee or pawnee) adquiere la posesión lo que hace innecesaria la publicidad registral. Complementariamente, el acreedor prendiario puede ejercitar las acciones que competen al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra terceros, tanto si el ataque se dirige contra la propiedad como contra la posesión (action of conversion or detinue). Las Leyes de Establecimientos de Empeño de 1872 y 1922 (Pawnbrokers Acts) regulan esta materia.

Por último, la propiedad personal puede ser objeto del derecho de retención (lien) que, excepción hecha de los que -

afectan a la propiedad de los barcos y ferrocarriles, son de dos clases principales: derechos de retención posesoria basados en el Derecho común (possessory or common law liens) y derechos de retención basados en la Equidad (equitable liens). Los conceptos básicos de Derecho común y Equidad serán objeto de especial consideración en el capítulo siguiente.

En esencia, el derecho de retención posesoria del Derecho común (common law lien) es un privilegio o garantía al servicio de un crédito contra bienes del deudor. Autoriza a retener cosas propiedad de un deudor, hasta tanto satisfaga al titular del derecho lo que le adeude en virtud de un título que guarda relación con la cosa misma que se retiene. Son los casos del vendedor al contado al que no se le ha satisfecho la totalidad del precio, o del vendedor a crédito si expira el término para hacer efectivo el precio o el comprador resulta insolvente, o el de los fondistas o mesoneros en relación con los efectos de sus clientes en tanto éstos no satisfagan lo debido por razón de hospedaje. Es también el supuesto de quienes ejecutan una obra nueva o reparación (como el sastre o el mecánico) que pueden retener la cosa realizada o reparada hasta tanto se les abone el precio correspondiente. Los enumerados son ejemplos de derecho de retención ejercitable únicamente sobre bienes particulares y determinados y por razón de una relación contractual de tracto único directamente vinculada con los mismos. En el ámbito del Derecho común hay otra modalidad del derecho de retención, a la que podríamos llamar universal o general, en virtud de la cual la facultad de retener puede ejercitarse por razón de todas las reclamaciones suscitadas en el curso de una relación contractual de tracto sucesivo y no necesariamente sobre bienes vinculados con ella. Tal es el caso del abogado-procurador (solicitor) que, por razón de los créditos contra sus clientes, tiene un derecho de retención sobre los bienes propiedad de éstos cuya posesión le hubiese sido confiada, y el del banquero ./.

con relación al dinero y otros bienes de sus clientes deposi
tados en el Banco, en función de relaciones contractuales -
mantenidas con aquéllos.

El derecho de retención basado en la Equidad, se diferen-
cia del que tiene su origen en el Derecho común porque puede
adquirirse con independencia de la posesión de la cosa obje-
to del mismo. Es una garantía que se tiene sin contacto pose-
sorio previo, pero con el derecho de instar la venta de la -
cosa afectada. Tal es el caso del comprador que paga antes -
de que se le entregue la cosa vendida y del vendedor que en-
trega antes de que le paguen (Mackreth v. Symmons, 1808), -
que tienen derecho de retención sobre el objeto de la compra
venta (precio o cosa) aún no entregado. Otro supuesto es el
de la disolución de una sociedad de responsabilidad no limi-
tada, que engendra un derecho de retención a favor de los so-
cios, sobre los bienes sociales, hasta donde ascienda el im-
porte de las deudas de la sociedad, a fin de poder atender a
su satisfacción con el importe de aquellos.

La efectividad del derecho de retención posesoria, basa-
da en el Derecho Común, consiste en la prolongación indefini-
da de dicha situación hasta tanto se lleve a efecto el pago
que la motiva. Generalmente, el que ejerce la retención ca-
rece de la facultad de vender la cosa y hacerse pago por sí
mismo. Hay, no obstante, excepciones legales a esta regla. -
Por ejemplo, el vendedor a quién no se le satisface el pre-
cio puede vender de nuevo la cosa según lo prevenido en la -
Ley de Venta de Bienes (Sale of Goods Act) de 1893. Otro tan-
to pueden hacer los fondistas u hoteleros, en base a la Ley
de Hospedaje (Innkeepers Act) de 1878, después de haber rete-
nido la propiedad durante seis semanas y haber anunciado la
venta con un mes de antelación. También el autor de repara -

ciones, al amparo de la Ley de Enajenación de Bienes Impagados (Disposal of Uncollected Goods Act) de 1952, puede vender el objeto de sus reparaciones no satisfechas si bien cumpliendo condiciones muy estrictas: avisos de la aplicabilidad de dicha Ley en su establecimiento y de la facultad que la misma le confiere de vender doce meses después de la fecha fijada para la entrega al cliente.

Los derechos de retención nacidos de la Equidad pueden hacerse efectivos mediante venta o entrega del objeto del derecho, previo reconocimiento del mismo a través de una declaración judicial.

5. CONCEPTO DE INMUEBLE (Land).

- o - o - o -

* La propiedad real es al Derecho inglés lo que los bienes inmuebles son al Derecho español. Es esta una afirmación que podemos suscribir plenamente con la simple lectura de la subsiguiente parte expositiva. En ella se aprecia una correlación casi absoluta de los principios que inspiran la normativa vigente, sobre este tema, en ambos sistemas.

Al margen de toda elucubración teórica, la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, prescinde de elaborar el concepto legal de inmueble y se contenta con facilitar una larga y heterogénea enumeración de bienes a los que desde su punto de vista es aplicable tal denominación.

Por su parte, la doctrina inglesa comienza consi-

./.

derando como núcleo del concepto jurídico de inmueble no sólo el suelo sino también lo incorporado a él de manera esencial o constitutiva, como el subsuelo, aguas, minas, edificios, árboles y plantaciones. Su analogía con los llamados inmuebles por naturaleza e incorporación de nuestro C.c. (art. 334, 1º, 2º y 8º) es bien patente, aunque con una salvedad debida al diverso enfoque doctrinal que quienes militan en una y otra área jurídica dan al concepto de inmuebles por incorporación. Así, la doctrina española engloba en un mismo ^{epígrafe} lo incorporado al suelo de manera esencial o constitutiva, de acuerdo con la precedente enumeración, y "todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto" (número 3º del art. 334) es decir, las cosas cuya vinculación a un inmueble es, por muy sólida y definitiva que parezca, simplemente circunstancial o accidental. Para terminar la breve caracterización del sistema español, diremos que otras categorías de inmuebles reconocidas en él son los que adquieren tal naturaleza por destino (nºs. 4º, 5º, 6º, 7º y 9º del art. 334) y los que la tienen por analogía (nº 10 del mismo precepto) como las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

La doctrina y, principalmente, la jurisprudencia inglesa distinguen implícitamente entre los inmuebles cuya incorporación es esencial o constitutiva que, como ya sabemos, asimilan a los inmuebles por naturaleza, de los inmuebles que lo son por incorporación meramente accidental o circunstancial, para cuyo estudio y tratamiento jurídico, juntamente con los inmuebles por destino, acotan una parcela propia bajo la rúbrica general de heredamientos corporales (corporeal hereditaments or fixtures) categoría que contraponen a la de heredamientos in-

corporales que son, en definitiva, lo que nosotros llamamos inmuebles por analogía. Lo que en realidad hace el Derecho inglés, para sancionar la existencia de lo que, en expresión abreviada, llama "fixtures", es conjugar simultáneamente los criterios de incorporación y destino, exigiendo su concurrencia simultánea, aunque sea presumiendo este último cuando el grado de incorporación es muy intenso. Este planteamiento teleológico, en el que la incorporación ha de ser vehículo o expresión de un destino y éste ha de ser complemento necesario de la incorporación, se ajusta mejor a una valoración real de la categoría de los bienes corporales inmovilizados que la que puede alcanzarse a través de la división entre inmuebles por destino y por incorporación, con la artificiosa subclase de los inmuebles por incorporación accidental o circunstancial del N^o 3^o del art. 334 del C.c., cuya caracterización es exclusivamente negativa -lo que no pueda separarse del inmueble por naturaleza sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto- y a la que el desarrollo de la tecnología va vaciando progresivamente de contenido puesto que cada vez son más las cosas que pueden separarse de un inmueble sin que sufran quebranto o deterioro.

La utilidad del concepto de inmuebles incorporados y destinados o "fixtures" es enorme de cara a la regulación de las relaciones entre arrendador y arrendatario, acreedor y deudor hipotecario, vendedor y comprador y titular vitalicio de la pertenencia y del derecho expectante o remanente, a fin de precisar a cual de ellos ha de corresponder la titularidad de los existentes en el momento de extinguirse la respectiva relación jurídica.

En general, se reconoce al arrendatario, con la mira de estimular las inversiones para mejora de los pre-

dios, la facultad de retirar, en determinadas condiciones, los muebles incorporados y destinados con fines industriales, agrícolas, ornamentales y domésticas, criterio que, por analogía, se ha declarado también aplicable a las relaciones entre el titular vitalicio de la pertenencia y el del derecho expectante o remanente. Solución opuesta patrocina la legislación y la jurisprudencia respecto al vendedor, que carece de toda facultad para desafectar las "fixtures" a no ser que se la hubiere reservado expresamente al pactarse la venta. El deudor hipotecario es, a estos efectos, un vendedor ya que los inmuebles por incorporación y destino pasan, en unión del predio, al acreedor hipotecario, aún cuando no se hayan mencionado en la escritura, al igual que los incorporados por el deudor que esté en posesión del predio ya hipotecado.

Los supuestos jurídicos equivalente a los del deudor hipotecario están contemplados en nuestro Derecho en los arts. 109 a 113 de la Ley Hipotecaria. Sin pretender una comparación minuciosa se advierte a simple vista que el criterio legislativo español es menos generoso que el inglés al determinar la amplitud de los derechos del acreedor hipotecario el cual, entre nosotros, no puede extender su hipoteca a las mejoras consistentes "en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere" (art. 110, 1º) ni a "los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación o bien para servicio de alguna industria (es decir, incorporados o unidos al predio) a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o del objeto"; es decir, que solo se consideran comprendidos tales bienes en la hipoteca si su separación les hiciera inservibles, último criterio físico-económico que pretende evitar la

destrucción total e "in extremis" de una riqueza ya creada, pero que no atiende al concepto funcional de unidad de explotación y conservación íntegra de la misma. Todo ello, naturalmente, salvo pacto expreso o disposición legal en contrario.

Ni la doctrina ni la legislación inglesas se ocupan de ofrecer un concepto de finca ni, consiguientemente, - de estudiar la distinción entre fincas rústicas y urba - nas. Y ello a pesar de que una y otra categoría de inmue - bles tienen peculiaridades en cuanto a sus respectivos - regímenes jurídicos -hay normas especiales para los arren - damientos rústicos y de viviendas (v.1.7.1.; 1.7.2 y 1. 7.5, parte III, capítulo III)- lo que justificaría sobra - damente la consideración general del tema.*

- o - o - o -

Antes de iniciar el estudio del Derecho inmobiliario, - así en su perspectiva histórica como en su actual normativa, es absolutamente necesario tener una idea, lo más clara posi - ble, del significado atribuido a la palabra "inmueble" (land) en el Derecho inglés.

Una definición legal, puramente descriptiva y a los ex - clusivos fines del texto en que está formulada, es la conteni - da en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) - de 1925. Según ella la voz "inmueble incluye el suelo, cual - quiera que sea su régimen de tenencia, minas y aguas minera - les, estén o no vinculadas al suelo a través de la cual se ob - tienen, edificios o partes de los mismos (tanto si la división es horizontal, vertical o realizada de otro modo) y cualquier otra cosa inmueble por incorporación o destino y heredables - (corporeal hereditaments); igualmente incluye señoríos terri -

toriales (manors), derechos de patronazgo o presentación para cubrir determinados beneficios eclesiásticos (advowsons), - arrendamientos rústicos y censos (rents and rent charges), - otras cosas inmuebles incorporeales y heredables o inmuebles por analogía (incorporeal hereditaments), servidumbres (easements), derechos, privilegios y beneficios en, sobre, o derivados de la tierra".

Ordenando y precisando conceptos en esta amplia y heterogénea enumeración, hemos de considerar como núcleo de la noción jurídica de inmueble cualquier superficie de terreno o suelo así como todo lo que está por debajo o subsuelo o discurre continuamente por ella (minas y aguas, subterráneas o no, por ejemplo) y todo lo incorporado a ella de una manera permanente e indubitada como edificios, árboles y plantaciones.

Ahora bien, este no es sino el núcleo central del concepto que, a partir de aquí, experimenta un importante desarrollo al asimilar el contenido de la expresión "heredamientos" (hereditaments) la cual en su significado gramatical -y en un primer significado jurídico- hace referencia a todo cuanto es susceptible de transmisión sucesoria. Tradicionalmente se distingue entre heredamientos corporales y heredamientos incorporeales (corporeal and incorporeal hereditaments), según tengan existencia tangible o intangible. Entre los primeros se incluyen las cosas inmuebles por incorporación y destino (fixtures), de las que nos ocuparemos enseguida, y entre los segundos los que con arreglo a nuestra terminología habríamos de denominar inmuebles por analogía.

Los heredamientos incorporeales (incorporeal hereditaments) o inmuebles por analogía son, según la noción tradicional que establece esta distinción, derechos no tangibles, directamente vinculados al suelo mismo, de contenido muy diverso, a varios de los cuales hemos hecho referencia en la precedente de

finición legal (advowsons, rent charges, easements, etc.). A pesar de su arraigo tradicional, este segundo término de la distinción es rechazado, con bastante justificación teórica pero no práctica, por autores modernos que estiman que todos los derechos y obligaciones son incorporeales, no tangibles, y por consiguiente la clásica distinción entre heredamientos corporales e incorporeales contrapone absurdamente, en una misma clasificación, cosas y derechos, que son conceptos de naturaleza distinta, por lo que resulta injustificable mantenerla dada su falta de base científica. Ciertamente, un heredamiento corporal es la cosa misma, el objeto del derecho, mientras que el incorporeal no es tal objeto sino el derecho mismo.

No obstante su carencia de suficiente apoyo doctrinal, la clasificación está arraigada en la práctica gozando también del refrendo de la terminología legal en vigor. No olvidemos que se trata de derechos en cuya naturaleza está insita la posibilidad legal de convertirse en objeto de otros derechos; así, pueden ser hipotecados (tal es el caso de determinadas servidumbres de disfrute -"profits"- y de las rentas censales -"rentcharges"- p. ej.) aunque con excepciones por razón de prohibición legal expresa (tal es el caso del derecho de patronazgo denominado "advowson").

Los inmuebles por incorporación y destino o heredamientos corporales (corporeal hereditaments or fixtures) son bienes muebles corporales que, aisladamente considerados serían objeto de propiedad personal o propiedad mobiliaria (chattels) pero al quedar estrechamente vinculados al suelo o a un edificio se convierten de hecho en parte del mismo. Consiguientemente, reciben un tratamiento jurídico común en aspectos de tanta importancia como la transmisión del dominio de

ambas cosas que, de forma automática es conjunta por razón de la asimilación que entre ellas se crea.

No existen en Derecho inglés reglas generales, comparables a las del art. 334 de nuestro Código civil, que permitan conocer "a priori" la intensidad o característica del vínculo que ha de establecerse para que exista un inmueble por incorporación y destino. Se trata de una cuestión reservada al criterio jurisprudencial, sin que las decisiones adoptadas en causas o supuestos litigiosos precedentes (cases) constituyan una guía segura en otros posteriores puesto que el cambiante juego de las circunstancias puede conducir a resultados inesperadamente diversos. Hay, no obstante, dos criterios de valor general para sopesar tales circunstancias. Son el grado de incorporación y la finalidad o destino de la misma.

Con arreglo al primer criterio no hay inmueble incorporado si la cosa no está amarrada, unida o conectada, al inmueble por naturaleza, suelo o edificio. La mera yuxtaposición o colocación de un objeto, aún cuando sea pesado y se hunda en el suelo, no convierte, "prima facie", un mueble en inmueble. Por consiguiente, si un objeto, sea o no voluminoso, puede ser retirado del lugar en que se encuentre sin perder su identidad e integridad no puede, en general, considerarse como inmueble incorporado. Ejemplos jurisprudenciales son el de una máquina impresora de varias toneladas de peso, apoyada en el suelo y afianzada en él únicamente por razón de su propio peso (causa de Hulme versus Brigham, 1943), criterio negativo que se mantiene en un supuesto similar de máquina impresora asegurada de igual modo a pesar de que el panel de mandos de la misma estaba sujeto al inmueble en determinados puntos (pleito de Webb contra Bevis, Ltd., 1940).

Por el contrario, un mueble, a pesar de ser ligero, si está anexionado a un inmueble es, "prima facie", un inmueble incorporado; tal es el caso de puertas, ventanas, chimeneas, hornos y cosas similares, entre las que por decisión jurisprudencial han de incluirse las galerías o terrazas cubiertas unidas a una casa (pleito de Buckland v. Butterfield, - 1820).

Sin embargo, el grado de incorporación no constituye - una prueba decisiva por lo que es necesario complementarlo - con el criterio de la finalidad o destino de la misma; es de cir, se hace preciso determinar si la relación del mueble con el inmueble ha sido establecida para el mejor uso de aquél - como tal mueble o para servir a la mejor utilización del inmueble. Si con relación a una cosa mueble, que por sus carac terísticas y grado de incorporación es presumiblemente un in mueble incorporado, se pretende lo contrario por razón de - destino o finalidad, la carga de la prueba recae sobre el li tigante que albergue tal pretensión, norma que, con toda la trascendencia procesal que la carga de la prueba entraña, es igualmente válida a la inversa, es decir, cuando las caracte rísticas y grado de incorporación hacen pensar inicialmente en una cosa mueble que no ha llegado a incorporarse al inmue ble en el que se encuentra ubicada, quién pretenda la incor poración por razón de destino o finalidad ha de demostrarla.

Como ejemplos jurisprudenciales de la aplicación del - criterio del destino o finalidad de la incorporación podemos citar el de las piedras sillares superpuestas, aún sin morte ro o argamasa pero formando un muro o pared de cerramiento, que se transforman en un inmueble por incorporación y desti no a diferencia de esas mismas piedras depositadas en el pa tio de un inmueble que para su mejor apilamiento se colocan unas encima de otras, las cuales conservan su carácter de co

sa mueble (Holland v. Hodgson, 1872). En una causa muy conocida (Leigh v. Taylor, 1902) un sistema de fijación de duración considerable no cambió una cosa mueble en inmueble, ya que dicho sistema fué juzgado como necesario para el adecuado disfrute de la cosa mueble de que se trataba. Era ésta - un valioso tapiz, sujeto a una pared empapelada mediante listones y otros métodos de sujeción complementarios, que se estimaron indispensables para que el tapiz, en cuanto cosa mueble, pudiese ser adecuadamente disfrutado.

Otros ejemplos positivos de inmuebles por destino, extraídos del acervo jurisprudencial, son el de las butacas - unidas al entarimado de un local destinado a cinematografía (Vaudeville Electric Cinema Ltd. v. Muriset, 1923) y el de las estatuas, bancos de piedra y vasos decorativos ornamentales que, formando parte del conjunto arquitectónico del inmueble, constituyen un todo ideal con él, por servir de - un modo permanente a sus fines (D'Eyncourt v. Gregory, 1866).

Es útil, incluso en un capítulo de significado puramente introductivo, hacer referencia a los supuestos más frecuentes en que se plantea la necesidad de puntualizar si determinados bienes muebles han de estimarse o no, a efectos legales, como inmuebles por incorporación y destino.

La cuestión surge entre las siguientes partes:

A) En las relaciones entre arrendador (landlord) y -- arrendatario (tenant).

A través del tiempo, la regla de que un objeto incorporado y destinado a un inmueble pasaba a formar parte de él se ha ido debilitando en favor del arrendatario, el cual está autorizado a retirar tres clases de bienes a pesar de - que los mismos sean inmuebles incorporados y destinados en

el sentido estricto de la palabra.

En primer lugar, ya es antigua la regla de que durante la duración del contrato el arrendatario puede retirar los muebles que él hubiere incorporado y destinado al inmueble (fixtures) a los fines de continuar su peculiar negocio o comercio, puesto que es de público interés el fomento de las actividades comerciales e industriales. Así, ya se decidió en la causa (Re) Poole's, en 1703, que durante la vigencia del contrato el fabricante de jabón puede retirar las calderas por él instaladas para el normal funcionamiento de su industria, facultad que se pierde una vez transcurrido el término del contrato. En aplicación de idéntico criterio ha quedado establecido que la maquinaria para el trabajo específico en las minas de carbón (Lawton v. Lawton, 1743), en las salinas (Mansfield v. Blackburne, 1840), las calderas y tuberías instaladas en una fábrica de cerveza (Lawton v. Lawton, 1743) el mobiliario de una fonda (Elliot v. Bishop, 1854) y las lámparas de petróleo instaladas en los accesos de un garaje (Smith v. City, Petroleum Co. 1945) son bienes sometidos al mismo régimen jurídico, excepciones pues al principio de inmovilización por incorporación y destino ("trade fixtures" según se denominan con admirable concisión en el léxico jurídico inglés), y por ello susceptibles de ser retiradas por el arrendatario durante la vigencia del contrato.

En segundo lugar, aunque con razones menos poderosas, y por ello no susceptibles de aplicación analógica, también está solidamente establecida la excepción que afecta a los objetos muebles incorporados y destinados a inmuebles por razones de comodidad o adorno (ornamental and domestic fixtures), los cuales no pierden su naturaleza originaria cuan

do la incorporación o adscripción la realiza el arrendatario, el cual puede retirarlos durante la vigencia del contrato. Ejemplos de objetos de esta índole son la estructura de las chimeneas y hogares, frisos fijados a la pared - mediante tornillos, cañerías fijas, estufas, parrillas y - hornos. Ahora bién, todo objeto que participa de la condición de mejora permanente y que no puede ser retirado sin dañar esencialmente una casa, como un invernadero comunicado por una puerta con una de las habitaciones de la casa, no constituye una excepción incluible en el grupo de las - "ornamental fixtures" (Buckland v. Butterfield, 1820).

Los muebles incorporados con fines industriales, ornamentales y domésticos, han de ser retirados antes de que - concluya el plazo del arrendamiento pues en caso contrario pasan a ser una donación legal en favor del arrendador - (Pool's Case, 1703) pero una prórroga es posible cuando el arrendatario continua en la posesión del inmueble transcurre la vigencia del contrato y se puede suponer razonablemente que el arrendador consiente esta situación (Leschalles v. Woold, 1908).

La tercera excepción se refiere a los muebles incorporados y destinados a inmuebles de finalidad agrícola (agricultural fixtures). Históricamente, un colono que hubiese incorporado y destinado muebles a la finca rústica estaba en posición desfavorable puesto que en la causa "Elwes v. Maw", en 1803, se decidió que aunque la única finalidad de su vinculación fuese la de mejorar sus actividades agrícolas, tales muebles no eran equiparables a los de comercio e industria (trade fixtures) es decir, no tenían cabida en la excepción a la que nos hemos referido en primer lugar. En la cuestión litigiosa entonces resuelta, el colono había construido a su costa un establo, un cobertizo para el

carro y un corral, todo lo cual desmontó y retiró antes de abandonar el predio, al extinguirse el contrato, conducta por la que fué condenado a indemnizar al dueño de la finca.

La suavización de este riguroso criterio se produjo - en virtud de una sentencia dictada en el año 1901 en el pleito "Mears v. Callender" en la que se decidió que aún - no siendo los edificios construidos por un granjero "trade fixtures", los invernaderos construidos por un hortelano, a los fines de su actividad productiva, son asimilables a aquéllos y pueden ser retirados antes de la extinción del contrato, aún en contra de la voluntad del dueño del predio.

Esta materia ha sido regulada posteriormente, de forma más equitativa, por una serie de normas en las que, en síntesis, se establece lo siguiente:

Cualquier máquina, instrumento de producción, cerca u otros muebles incorporados y destinados a un predio rústico por un colono, así como cualquier edificación construida por él en su interior, con respecto a las cuales carezca de derecho a ser compensado, son de su propiedad y pueden ser retiradas durante el colonato o en el plazo de dos meses siguientes a su extinción. Transcurrido este plazo - la propiedad ya no se le confiere (Agricultural Holdings Act, -Ley de Arrendamientos Rústicos- de 1948).

Con antelación mínima de un mes a la finalización del contrato, se ha de notificar al propietario la intención de alzar los bienes mencionados por si aquél opta por comprarlos (Agricultural Holdings Act, 1948). El derecho de retirar queda en suspenso hasta que el colono haya satisfecho todas las rentas pendientes así como cualquier otro pago -

legítimo por razón del colonato. He aquí una nueva manifestación, de naturaleza equitativa y referida a bienes inmuebles, del derecho de retención como forma de garantía crediticia, del que nos hemos ocupado con algún detenimiento en el apartado anterior. Puede calificarse como derecho de retención equitativa puesto que corresponde o puede corresponder no a quién tiene la posesión inmediata del bien (colono) sino al dueño o poseedor mediato del predio al que dicho bien está incorporado o destinado.

Resumiendo, y como glosa común a las tres excepciones enumeradas, cuando un arrendador niega al arrendatario el derecho a retirar determinados bienes muebles existentes en el predio, se plantean dos cuestiones que han de ser respondidas por separado. En primer lugar ha de esclarecerse si el bien mueble (chattel) se ha transformado en inmueble incorporado y destinado (fixture) por razón de su incorporación al predio. Si no es así, no hay problema pues la pretensión del arrendador, desde un principio, carece de fundamento. Ahora bien, si la respuesta es afirmativa, ha de examinarse la naturaleza y características del inmueble incorporado y destinado a fin de establecer si nos hallamos dentro o fuera del ámbito de las excepciones examinadas anteriormente.

B) En las relaciones entre acreedor (mortgagee) y deudor hipotecario (mortgagor).

Los inmuebles por incorporación y destino pasan, en unión del predio, al acreedor hipotecario, aún cuando no se hayan mencionado en la escritura (Vaudeville Electric Cinema, Ltd. v. Muriset, 1923), al igual que los incorpora

./.

dos por el deudor que esté en posesión del predio ya hipotecado. Además, un deudor hipotecario, aún cuando tenga la posesión de la finca hipotecada, no está autorizado a retirar inmuebles incorporados y destinados por pretendida analogía con la situación del arrendatario, y ello tanto si la vinculación es anterior o posterior al contrato de hipoteca - (Longbottom v. Berry, 1869). Estas normas son de general - aplicación a toda clase de hipotecas, legales o equitativas, y con independencia de si el derecho hipotecado es "free -- hold" (el derecho de más amplio contenido y duración sobre la tierra) o "leasehold" (derecho sobre la tierra de más limitado contenido y de duración determinada).

Ahora bien, si la incorporación y el destino han sido efectuados por un tercero en virtud de convenio con el deudor hipotecario, con el que se pactó la posibilidad de retirar los bienes incorporados y destinados al predio, la facultad de alzar tales bienes no puede, en general, ser anulado por el acreedor hipotecario. Este, al autorizar al deudor hipotecario la permanencia en la posesión del predio hipotecado implícitamente le autoriza a hacer los convenios usuales y apropiados a su particular actividad empresarial (Gough v. Wood & Co., 1894).

C) En las relaciones entre vendedor (vendedor) y comprador (purchaser).

Según norma establecida por la Ley de la Propiedad Inmueble (Land Property Act) de 1925, la transmisión de la propiedad inmobiliaria, a falta de reserva expresa, lleva aneja la transmisión de los inmuebles incorporados y destinados, pero no de los muebles objeto de propiedad personal cuya naturaleza no haya cambiado por su vinculación al predio (Moffatt v. Kazana, 1969 y H.E. Dibble, Ltd. v. Moore, 1970).

Consiguientemente, el vendedor que continúa en posesión de la cosa vendida después del contrato no puede, antes de - entregar aquella, alzar los inmuebles incorporados y destina dos ni siquiera aquellos que podría retirar el arrendatario con relación al arrendador (Gibson v. Hammersmith Ry. Co., - 1863 y Phillips v. Lamdin, 1949). Tales bienes muebles "inmo vilizados" se consideran incluidos en el precio pagado por - el predio, y, si es deseo del vendedor retirarlos u obtener un precio adicional por ellos, debe incluir al efecto la co- rrespondiente cláusula en el contrato de venta.

D) En las relaciones entre titular vitalicio de la per- tenencia (tenant for life) y el titular de un derecho futuro expectante o remanente (reversioner or remainderman).

La regla general establece que los inmuebles incorpora- dos y destinados por el titular vitalicio de la pertenencia corresponden al titular del derecho expectante o remanente - (v. 1, parte II, cap. III). No obstante, los administradores -ejecutores de la herencia (personal representatives) del ti- tular vitalicio fallecido están facultados para retirar los mismos bienes inmuebles incorporados y destinados que esta- ría facultado a alzar un arrendatario o titular a plazo cier to (tenant for years), es decir "trade, ornamental, domestic and agricultural fixtures" (Lawton v. Lawton, 1943) si bien es cuestionable si tal facultad no es más restringida que la del referido arrendatario o titular a plazo cierto.

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

CAPITULO II

**EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES: ORIGEN,
EVOLUCION Y BASES DEL SISTEMA VIGENTE**

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

MADRID, 1977

S U M A R I O P A R T I C U L A R

Capítulo II

Pág.

EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES: ORIGEN EVOLUCION Y BASES DEL SISTEMA VIGENTE.

1. INTRODUCCION.	51
* COMENTARIO	51
TRATADO	54
2. EL DERECHO COMUN Y LA EQUIDAD: NOCIONES GENERALES.	58
* COMENTARIO	58
TRATADO	65
2.1. La formación del Derecho común.	66
2.1.1. Los reyes normandos y las instituciones políticas.	66
2.1.2. La justicia real en tiempos de los reyes normandos.	68
2.1.3. Las jurisdicciones concurrentes con la justicia real	71
2.2. La formación de la Equidad.	73
2.2.1. Origen de la jurisdicción de Equidad.	73
2.2.2. Desarrollo de la jurisdicción de Equidad.	76
2.2.3. Concepto de la Equidad.	78
2.3. Fusión de ambas jurisdicciones.	81
3. EL SISTEMA INMOBILIARIO DEL DERECHO COMUN.	84
* COMENTARIO	84
TRATADO	96
3.1. La doctrina de las tenencias (tenures).	96
3.1.1. Feudalismo en Europa: Generalidades.	97
3.1.2. Feudalismo en Inglaterra: Peculiaridades.	98
3.1.3. Formas feudales de tenencia de la tierra y su evolución hasta 1925.	101
3.2. La doctrina de las pertenencias (estates).	109
3.2.1. Nociones básicas sobre pertenencia (estate) y posesión inmobiliaria (seisin).	110
3.2.2. Clasificación de las pertenencias.	114

3.2.3. Pertenencias plenas y de duración indefinida.	115
3.2.4. Pertenencias menos plenas y de duración cierta (estates less than freehold or leaseholds).	118
4. MODIFICACION DEL SISTEMA INMOBILIARIO DEL DERECHO COMUN POR LA EQUIDAD.	122
* COMENTARIO	122
TRATADO	129
4.1. Inconvenientes del sistema de tenencias y pertenencias del Derecho común.	129
4.2. La cesión fiduciaria como flexibilización del sistema inmobiliario.	133
4.2.1. Origen, finalidad y protección de la cesión fiduciaria.	133
4.2.2. Distinción entre pertenencias legales y equitativas (legal and equitable estates).	135
4.2.3. Ventajas de la cesión fiduciaria.	136
4.2.4. Influencia del Derecho común en la regulación de la cesión fiduciaria.	139
4.2.5. Concepto de cesión fiduciaria.	140
4.3. El Estatuto de la cesión fiduciaria de 1535 y evolución posterior de la institución.	140
4.4. Concepto de las pertenencias equitativas en comparación con las legales.	146
4.4.1. Consideraciones previas.	146
4.4.2. Teoría del conocimiento objetivo	150
4.4.3. Definición de las pertenencias equitativas	153
4.4.4. Otros derechos equitativos.	154
5. PROPIEDAD VINCULADA (settlements).	157
* COMENTARIO	157
TRATADO	163
5.1. Generalidades.	163
5.2. Vinculación estricta (strict settlement).	163
5.3. Inconvenientes de la propiedad vinculada y sus remedios.	165
5.4. Fideicomisos para venta (trust for sale).	170

6. LA SIMPLIFICACION DEL DERECHO INMOBILIARIO SUSTANTIVO.	173
* COMENTARIO	173
TRATADO	177
6.1. Circunstancias históricas y líneas generales	177
6.1.1. Subsistencia de una sola modalidad de tenencia.	178
6.1.2. Asimilación del régimen de la propiedad personal y de la real.	180
6.1.3. La abolición de ciertos anacronismos	184
7. LA SIMPLIFICACION DE LA CONTRATACION INMOBILIARIA.	185
* COMENTARIO	185
TRATADO	192
7.1. Contratación inmobiliaria no registrable.	192
7.1.1. Reducción del número de las pertenencias legales.	192
7.1.2. Consignación del precio (overreaching), investigación del título e inscripción registral de cargas.	195
7.2. Contratación inmobiliaria registrable.	197
7.2.1. Inscripción y anotación registral.	198
7.2.2. Organización registral	199
7.2.3. Clases de títulos.	200
7.2.4. Rectificaciones e indemnizaciones.	201
7.2.5. Protección de los derechos de terceros.	202
7.3. Contraposición final entre la contratación inmobiliaria registral y la no registral.	203

Capítulo II

EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES: ORIGEN, EVOLUCION Y BASES DEL SISTEMA VIGENTE.

1. INTRODUCCION.

- o - o - o -

* Basándose en la distinción entre propiedad personal y propiedad real (v. 2, capítulo I) el Derecho inglés, - con las normas aplicables de esta última, constituyó una rama jurídica independiente, dentro del ámbito del Derecho privado. No obstante la asimilación producida entre los respectivos regímenes jurídicos de ambas clases de propiedades (v. 6.1.2. del presente capítulo) lo que en buena parte priva de su razón de ser a tal especialización, dándole una apariencia arcaizante, lo cierto es - que la independencia doctrinal del Derecho inmobiliario inglés (Law of Real Property) se mantiene. Quizá estemos tan solo ante una manifestación más del admirable tributo de respeto por la tradición y del sorprendente desdén hacia cualquier planteamiento teórico riguroso, que son propios de la mentalidad jurídica inglesa.

Se constata por este camino una importante divergencia de criterio entre la doctrina jurídica inglesa y la española, ya que esta, bajo las denominaciones genéricas -y prácticamente equivalentes- de Derecho de cosas, Derecho de bienes o Derechos reales estudia, conjuntamente, la normativa aplicable a todos los derechos sobre bienes o cosas, sean éstos muebles o inmuebles.

El Derecho inmobiliario es, sin duda, la parte del Derecho inglés de acceso más difícil para el jurista del

continente y, probablemente, también para el indígena. He aquí otra diferencia, aunque solo sea relativa, ya que la plaza de mayor complejidad y dificultad está reservada, - entre nosotros, al Derecho sucesorio. Decimos que la diferencia es solo relativa porque, como veremos al hablar de las peculiaridades del feudalismo en Inglaterra (v. 3.1.2, siguiente) al faltar en Derecho inglés la idea de sucesión universal, también ha faltado, en opinión de RHEINSTEIN, (al que cita PUIG BRUTAU, Estudios de Derecho Comparado, pág. 55. Barcelona, 1951) la base conceptual precisa para distinguir entre Derechos reales y Derecho sucesorio de la manera radical con que lo hacemos nosotros sobre la base del Derecho romano. La mezcla intitucional y doctrinal de lo sucesorio -siempre complejo de por sí- y lo inmobiliario constituye explicación bastante del por - que de la dificultad comentada.

Las causas complementarias de esta notable complejidad, y consiguiente dificultad, han de buscarse en la gran influencia que en su formación tuvo la concepción feudal inmobiliaria, en la dualidad de sistemas -Derecho común y Equidad- con frecuencia antagónicos, reguladores de las relaciones jurídico-inmobiliarias y en la escasa eficacia -clarificadora y sistematizadora de los intentos legislativos habidos hasta finales del siglo XIX.

La relativa modernización del Derecho inmobiliario - inglés vigente es sumamente tardía. Solo merced al impulso renovador nacido de la Primera Guerra Mundial fué capaz el Parlamento de abordar la empresa legislativa de - actualizar el sistema inmobiliario nacional.

A él vamos a referirnos en el presente capítulo, - ofreciendo una visión panorámica de su origen, evolución y bases del sistema vigente ya que sin estas nociones ge-

nerales sería una empresa aventurada, casi temeraria, adentrarse en el estudio del significado y funcionamiento de las varias instituciones jurídicas que lo integran.

Nos anima también a este planteamiento, de cariz predominantemente histórico, una certera reflexión de PUIG BRUTAU (Estudios; pág. 29): "Aunque en el momento actual - queramos utilizar el razonamiento jurídico sin fundarlo en los precedentes históricos, no podremos escapar a la realidad de que la lógica jurídica ha sido modelada por la historia ... Al jurísta, el simple hecho de que algo aconteciera en conexión con determinadas circunstancias, le suministra premisas para su razonamiento."*

- o - o - o -

El Derecho inmobiliario inglés, que fué definido por Oli ver CROMWELL como un "diabólico laberinto" (an ungodly jumble), es una materia que goza de justa fama de complicada y difícil, especialmente para quienes se aplican a estudiarla por vez - primera. El intrincado engranaje de sus instituciones y la - complejidad de su léxico, plagado de tecnicismos de muy difícil traducción, constituyen las causas de este obstáculo de - base que intentaremos sortear clarificando y sistematizando - nuestra exposición hasta donde sea posible y dando primacía - al estudio del fundamento y finalidad de las instituciones - que integran esta parte del Ordenamiento jurídico inglés.

El Derecho inmobiliario no se circunscribe exclusivamente al estudio de los derechos que recaen sobre el suelo y de más inmuebles; abarca también el "arte" de crear y transmitir derechos sobre los mismos (conveyancing). En suma, la transmisión de inmuebles, incluso "mortis causa", sus efectos y, en particular, sus prolegómenos que, como veremos oportunamente, revisten a menudo tal complejidad que requieren la intervención de un especialista (conveyancer), generalmente hombre de leyes, cuya misión es investigar el título del transmitante - por un periodo determinado de años con objeto de establecer - con exactitud su situación dominical y de cargas. Ambos aspectos del tema, estático y dinámico, son parte del Dº inmobiliario y, consiguientemente, han de merecer nuestra atención.

El origen de un sistema tan complicado de derechos reales inmobiliarios es muy remoto. Cuando tras la Conquista Normanda, en 1066, la vida política del país tendió a normalizarse, fué la tierra, como única fuente de riqueza, la que sirvió de nexo de unión social, tanto en el aspecto público como en el privado. De este fenómeno social resultó que, desde fecha muy temprana, se fué creando un complicado sistema jurídico, basado en las costumbres territoriales y desarrollado por las resoluciones judiciales, que denominamos Derecho común -

(Common Law). Dicho sistema, perfectamente adaptado a las necesidades y características del país cuando surgió, fué poco a ~~poco~~ quedándose anticuado, plagado de anacronismos cuya superación, y consiguiente adaptación del sistema a las nuevas circunstancias, se veía muy dificultada por la rigidez y formalismo inherentes al mismo. Gracias a la Equidad (Equity) - como sistema judicial especial se alcanzaron satisfactorias soluciones a problemas para los que el Derecho común carecía por completo de ellas. Las escasas reformas legislativas introducidas antes del primer cuarto del siglo XIX tuvieron - efecto negativo, pues consiguieron aumentar la confusión y - la complejidad del Derecho común en vez de clarificarlo y - simplificarlo.

A comienzos del siglo pasado, y tras un informe de los Comisionados de la Propiedad Inmueble (Real Property Commissioners) redactado en 1829, hubo una importante actividad legislativa que plasmó en un conjunto de leyes promulgadas entre 1832 y 1837. Las más destacables son: Ley de Prescripción Extintiva de la Propiedad Inmueble (Real Property Limitation, 1833) Ley de Usufructo vidual (Dower Act, 1833) Ley de Sucesión Intestada (Inheritance Act, 1833) y Ley de Testamentos (Wills Acts, 1837).

La mayoría de estas leyes tuvieron como objetivo la simplificación del sistema de contratación sobre inmuebles (conveyancing) y la ampliación de las facultades de disfrute y - de disposición de los dueños de los mismos, dejando intactos la mayor parte de los defectos del sistema inmobiliario en - su conjunto, los cuales actuaban como potentes rémoras que - frenaban el desarrollo de la riqueza inmobiliaria y dificultaban la necesaria fluidez de su tráfico, situación que resultaba doblemente dañosa para una sociedad en cuyas estructuras económicas las actividades rurales habían cedido la - primacía a las de carácter fabril y mercantil.

En este estado de cosas, sobrevino la Guerra de 1914 y - tras ella un deseo generalizado de poner en orden todos los - aspectos de la vida social inglesa, incluido su arcaico sistema inmobiliario. Este, tal como existía en el año 1922, cuando el tema de su reforma quedó formalmente planteado en el - Parlamento, podía describirse como un arcaico y feudal sistema jurídico totalmente inadaptado a la satisfacción de las necesidades de una sociedad comercial dominada por el dinero. - Con la reforma legislativa que inició la Ley de Propiedad de 1922 (Law of Property Act), se pretendió no solo simplificar la maquinaria de transmisión del suelo sino podar generosamente el sistema de derechos reales existentes, aboliendo las modalidades feudales aún subsistentes y modificando las demás. Uno de los principales objetivos de dicha Ley fué la aproximación, en lo posible, de las normas reguladoras de la propiedad personal y de la propiedad real.

Antes de que entrara en vigor la Ley de 1922, se vió la necesidad de reformarla lo que se llevó a efecto mediante - otra de 1924 (Law of Property-Amendment-Act 1924) y de ella, en virtud de sus disposiciones transitorias surgieron siete - importantes leyes, todas ellas promulgadas en 1925. Son estas Ley de Propiedad Vinculada (Settled Land Act) Ley de Registro Inmobiliario (Land Registration Act) Ley de Fideicomisos (Trust Act) Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) Ley de Cargas Inmobiliarias (Land Charges Act) Ley de Administración de Pertenencias (Administration of Estates Act) y Ley de Pertenencias de Colegios y Universidades (Universities and College Estates Act).

El resultado práctico de estos movimientos legislativos, y de la evolución general del Derecho inmobiliario, es que este está actualmente contenido parte en las leyes a que hemos hecho referencia, o en otras posteriores como las varias le -

yes de Arrendamientos (Landlord and tenant Acts) de Planificación Urbana y Rural (Town and Country Planning Acts) y de Rentas Inmobiliarias (Rent Acts) y también en la masa de reglas jurisprudenciales que constituyen la mayor parte del Derecho en la materia, en la medida en que no han sido abolidas o modificadas por leyes posteriores.

Atendiendo a un criterio a la vez histórico y sistemático, el Derecho inmobiliario inglés se descompone en tres ramas: el sistema del Derecho común, el sistema de Equidad y el sistema legislativo. Los dos últimos, tal como ha sido esbozado y veremos con detalle más adelante, significaron esfuerzos de adaptación a las nuevas realidades sociales y económicas surgidos con posterioridad a la aparición del Derecho común.

2. EL DERECHO COMUN Y LA EQUIDAD: NOCIONES GENERALES.

- o - o - o -

* El "Common Law" o Derecho común es un Ordenamiento jurídico constituido por costumbres forales, es decir, de ámbito local, a las que la acción integradora de la jurisdicción real, de origen medieval, dió expresión y valor común. Su construcción fué obra de los Tribunales del Rey, a través de sus sentencias, por lo que también se les llamó Tribunales de Derecho común, como referencia al resultado de su actividad creadora; está recogido en repertorios de casos fallados en aplicación de su contenido normativo.

La dinastía normanda, a partir de Guillermo el Conquistador, que la instauró en el año 1066, orientó sus esfuerzos hacia la creación de una jurisdicción propia con la misión de dotar al país de un Ordenamiento jurídico común. Sin prescindir de las jurisdicciones existentes (local, señorial, eclesiástica y mercantil) pero mermando progresivamente sus competencias, los Tribunales del Rey, a través de un curioso sistema itinerante de impartir justicia, fueron conociendo las muy diversas y heterogéneas costumbres jurídicas locales, esparcidas por todos los rincones del territorio nacional, refundiéndolas mejores, con la ayuda de su razón, en un cuerpo de normas comunes y dando vida a un Derecho indígena del que se ha dicho que es el único gran sistema jurídico de esta índole que el mundo moderno ha producido.

En modo alguno el Derecho común inglés es homologable al Derecho civil común español. Este -así como el -

./.

Derecho civil foral, que constituye su antítesis en la clasificación jurídica que a ambos engloba- sobre ser un precipitado histórico reciente de uno de los rasgos que, desde un punto de vista externo, ha caracterizado y caracteriza todavía al Derecho civil español, que es la diversidad de legislaciones y régimen jurídico en las distintas regiones (CASTAN y DE LOS MOZOS, op. cit. 1. vol. I, pg. 171. - Madrid, 1975) es un Derecho común imperfecto o no consumado puesto que presupone la existencia de los Derechos regionales o locales que, al menos en el plano teórico, se le oponen, mientras que el "Common Law" inglés es perfecto o consumado puesto que realizó la vocación hegemónica que alentó su creación, sustituyendo, pero no prescindiendo, - sino transformando, el vasto conglomerado de costumbres locales y sistemas paralelos coexistentes con los que nutrió su contenido.

También separa a ambos Derechos comunes la diversa amplitud de su contenido. El español -sin perjuicio de algunas especialidades forales de índole administrativo y fiscal existentes en nuestro Ordenamiento jurídico general- es esencialmente civil, a diferencia del Derecho común inglés, que supuso un enfoque global, comprensivo de todo el sistema jurídico, tanto en su esfera pública como en la - privada.

Finalmente, ni hay plena identidad entre las fuentes jurídicas que impulsaron su creación ni, cuando hay coincidencia entre ellas, su papel es comparable. El "Common Law" es el ejemplo histórico por antonomasia de creación jurisprudencial del Derecho; los jueces ingleses, sirviéndose - de la rica cantera de las costumbres locales diseminadas a

lo largo y ancho del territorio nacional, pusieron en pié, con la ayuda del instrumento de su razón y con escasísimas aportaciones foráneas, romanistas, canonistas y mercantilistas, un sistema de Derecho si no perfecto sí completo y autónomo. No obstante haber tenido la costumbre importancia fundamentalísima en nuestro Derecho privado, singularmente en el Derecho foral, ya que es rasgo común a todas las legislaciones forales el predominio del elemento espontáneo y de las formas jurídicas consuetudinarias, corresponde a la ley el papel de protagonista entre las fuentes del Derecho español, especialmente del civil común. Además, el valor normativo de la costumbre se lo dá la ley, bien formalmente, regulando sus requisitos y sancionando su fuerza de obligar, bien materialmente, elevando su contenido al rango de norma escrita. En un caso -el inglés- es el juez el encargado de asumir y respaldar la costumbre y en el otro -el nuestro- esta función atañe al legislador.

Sin merma de su carácter de cuerpo central del Ordenamiento jurídico inglés, el Derecho común sirvió de soporte a la implantación de un nuevo sistema de normas, la Equidad, cuya génesis fué, a un tiempo, respuesta política y jurídica a las insuficiencias advertidas en aquél, ya desde el siglo XIII, y a su incapacidad para superarlas con sus propios medios. La inflexibilidad procesal, seguida de rigidez material, predominantes en la consolidación del Derecho común, provocaron una situación de desamparo que alcanzaba a un buen número de justiciables, a los que no quedó otro recurso que acudir al Rey como potestad soberana encargada de administrar justicia. De su intervención, ayudado por el "Consilium Regis", y de la pronta delegación de facultades en uno de sus miembros, el Canciller, nació el Tribunal de la Cancillería. En el ámbito de la Equidad, al igual que en el del Derecho común, fué antes -

la jurisdicción que el Derecho sustantivo. Esta jurisdicción concurrente vino a ser la gran fuerza creadora de la Equidad entendida sustantivamente, es decir, en cuanto Apéndice del Derecho común, cuya triple función fué llenar las lagunas de éste, corregir los abusos que se producían en su aplicación y, en ocasiones, rivalizar con él. En suma, la "Equity" inglesa representó la brecha por donde lentamente penetró un nuevo Derecho que rectificó el que se suponía definitivo a inalterable, sirviendo de cauce a la tendencia histórica de la renovación jurídica constante. Trátase, en realidad, de una manifestación, singularmente rigurosa, del permanente estado constituyente en que siempre se halla todo auténtico sistema jurídico (PUIG BRUTAU, La Jurisprudencia como fuente del Derecho; págs. 94 y 101; Barcelona, 1951).

Sin más bagaje que el de su personal criterio de lo equitativo, lanzáronse los Cancilleres a la tarea de hacer cumplir las obligaciones de conciencia que eran irrelevantes para el Derecho común. Dada su condición de clérigos, es seguro que en el desempeño de su función judicial no todo fué puro arbitrio personal, debiendo jugar papel importante su formación de canonistas romanizados. Hay en estos orígenes un evidente punto de entronque entre la incipiente "Equity" inglesa y las concepciones predominantes en el continente acerca de la equidad. El Canciller, nos recuerda PUIG BRUTAU por voz ajena (v. La jurisprudencia ..., pág. 125) fundaba su intervención en una apelación al "higher law", al "Derecho más elevado" que siempre suele suponerse que existe por encima del que está formalmente proclamado. La Equidad, insistimos, emparenta con la doctrina ~~is~~ naturalista que imperaba en el Continente durante la misma época. La Equidad realizó de una manera concreta y práctica, en relación con el -

Derecho común, la supremacía que el Derecho natural trató de ejercer de una manera abstracta sobre el Derecho positivo.

Efectivamente, con base en la idea aristotélica de norma individualizada, adaptada a las circunstancias del caso concreto ("epiqueya" de los griegos) y la idea cristiana de mitigación del rigor de la ley para un caso particular (humanitas, pietas, benignitas) se llega (CASTAN y DE LOS MOZOS, op. cit. pág. 483 y sgs.) a la elaboración de un concepto de equidad que implica, más que una justicia abstracta, una justicia individualizada, y más que una justicia estrictamente legal, una justicia de tipo natural y moral; según ella, aunque en algunos casos la equidad puede suponer una justicia benévola o benigna, su característica general es más bien -he aquí el punto donde empalman las dos concepciones que comentamos- la de constituir una justicia flexible y humanitaria, no rígida y formalista.

El cuerpo de doctrina jurídica que los Cancilleres crearon con sus sentencia quedó modelado en principios jurídicos (máximas de Equidad) y dió vida a instituciones nuevas, singularmente de naturaleza inmobiliaria, a cuyo funcionamiento de conjunto se aplicó la regla del precedente, tomada del Derecho común. La consolidación de la Equidad se efectuó siguiendo la pauta marcada por el Derecho común, por lo que, a pesar del clima de rivalidades y conflicto, a menudo imperante entre ambos sistemas, en ningún momento llegaron a ser Ordenamientos paralelos, sino complementarios, primero mediante la cristalización de la Equidad en un Apéndice del Derecho común y, por último, a través de su refundición en un solo sistema jurídico. La fusión de ambos sistemas jurisdiccionales y sustantivos fué obra de la Ley de Judicatura de 1873, que concedió competencia a todos los Tribunales del país pa-

ra juzgar en Derecho común y en Equidad, sin perjuicio de - atribuir preferencia a ciertos Organos jurisdiccionales para conocer de determinados asuntos de contenido predominantemente equitativo. De este modo, se cierra el ciclo de la conversión de un sistema de justicia natural en otro de Derecho estricto. La Equidad acaba por cristalizar en un sistema jurídico tan rígido como el "Common Law" (PUIG BRUTAU, La Jurisprudencia ...; pág. 121).

Contrastan vivamente el modesto papel, no demasiado - brillante, que a la equidad corresponde en nuestro Derecho y la misión capital desempeñada por la "Equity" en la formación del Derecho inglés.

La equidad, sin ser una fuente autónoma en la aplicación del Derecho español, tiene, (CASTAN y DE LOS MOZOS, op. cit. 1, I, pgs. 484 y sgs) en su sentido más propio y general de criterio de justicia del caso concreto, de norma individualizada, una triple función:

a) Como elemento constitutivo del Derecho positivo, le corresponde dar flexibilidad a la norma cuando el propio legislador se remite a ella para suavizar el precepto general, en vista de las particulares circunstancias de cada caso. - Entre los varios ejemplos que campean por nuestro Código civil cabe citar el del art. 1.154, que permite al juez modificar "equitativamente" la clausula penal.

b) Cuando el Título preliminar del Código civil dispone (artículo 3º, 2) que "la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas" lo que está haciendo es reconocer su valor como elemento de interpretación de la ley y corrección de su excesiva generalidad. De este modo, el rigor

literal de la norma desaparece al interpretarla debidamente, según su espíritu. Pero, una vez averiguado este, y si, habida cuenta de sus circunstancias, cae dentro de él el caso en cuestión, no es posible soslayar, bajo ningún pretexto, la aplicación del espíritu de la norma, sea o no riguroso (ALBALADEJO, op. cit. I, 1 pg, 103).

c) Como elemento de integración de la norma, cuando se deja libertad para decidir según la equidad, sirve para resolver aplicando directamente los principios jurídicos que la ley acoge o aquellos de los que parte; pero no para que se juzgue según otros principios o criterios, cosa que sería contradictorio que permitiese la propia ley que acoge aquellos o parte de ellos. Libertad para decidir según equidad - solo se deja cuando la ley así lo establezca, ya que dice el C.c., art. 3º, 2, que "las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella (la equidad) cuando la ley expresamente lo permita" (ALBALADEJO, op. cit. I, 1, pg. 104).

A tenor de lo expuesto, quedan claras las disparidades que median entre la equidad, situada en un segundo plano, - que no es fuente de Derecho, pues no crea normas, sino que es instrumento para la aplicación de los principios generales, y la "Equity", que con admirable vitalidad ha sido, durante seis siglos, fuente creadora de ambas cosas, normas y principios, a través de una función jurisprudencial atendida por una jurisdicción especial que nació para enderezar los entuertos de la jurisdicción común. En suma, el Derecho inglés, en su dilatado proceso de creación, supo mantenerse fiel a sí mismo: aquellos problemas de convivencia social a los que unos jueces no supieron hallar solución, fueron resueltos por otros.*

La expresión Derecho común (Common Law or at law) , de uso extraordinariamente frecuente, es empleada con tres significados distintos:

- a) en contraste con las costumbres locales;
- b) en contraposición al Derecho legislado o Derecho emanado de órganos legislativos (statute law).
- c) en oposición a la Equidad.

Este último es el más usual de todos ellos; el segundo es de uso menos frecuente y el primero es de rara utilización.

El significado más genuino del Derecho común tiene su origen en el hecho de que determinados derechos podían hacerse valer ante los Tribunales de Derecho común o Tribunales ordinarios del Rey, por cuya razón eran denominados derechos "legales" (legal rights) mientras que otros, por el contrario, careciendo de la protección de tales Tribunales podían, en cambio, hacerse valer ante el Canciller (Chancellor) o Primer Secretario del Rey, si éste juzgaba que eran equitativos, por lo que cuando merecían esta consideración se les denominaba derechos "equitativos" (equitable rights) con lo que el Tribunal del Canciller o Tribunal de la Cancillería acabó denominándose Tribunal de la Equidad. Los derechos equitativos eran -y todavía son- de menor solidez que los derechos legales ya que éstos pueden hacerse valer frente a todos mientras que aquéllos únicamente eran ejercitables frente a quienes en conciencia, según apreciación del Canciller, no podían dejar de reconocer su existencia ni oponerse a su efectividad. Actualmente, su eficacia se ha visto potenciada puesto que son ejercitables contra todo el mundo excepción hecha del adquirente a título oneroso de una pertenencia legal (legal estate) desconocedor de la existencia de un derecho equitativo sobre la misma o cualquier otra persona que traiga causa de él. Los derechos legales, por el contrario, son ejercitables frente a todos sin excepción alguna.

La contraposición de ambos sistemas normativos, en los que se resume la idiosincrasia del Derecho inglés, resulta difícilmente comprensible y escasamente significativa si se realiza en términos puramente abstractos, desgajada del clima histórico en que tuvo su origen. El Derecho inglés es, ante todo, un repertorio de soluciones prácticas a los múltiples problemas que la vida cotidiana ofrece y se halla muy distante, en sus formulaciones, de las categorías abstractas que son peculiares de los sistemas continentales, tanto románicos como, principalmente, germánicos.

Por ello, el camino iniciado en los párrafos anteriores, - aún siendo el más acorde con nuestra mentalidad jurídica, hemos de abandonarlo por inconveniente, adoptando, en su lugar, un método de investigación predominantemente histórico, que se ajusta mejor a la finalidad perseguida.

2.1. La formación del Derecho común.

2.1.1. Los reyes normandos y las instituciones políticas.

A la muerte de Eduardo el Confesor, en 1066, Guillermo de Normandía, convencido de que el rey difunto le había legado la Corona, desembarcó en Inglaterra y, por la fuerza de las armas, se instaló en el Trono.

Es menester subrayar que, en realidad, Guillermo el Conquistador no se pretendía tal conquistador, sino más bien el sucesor legítimo de Eduardo. Con tal carácter él, y sus sucesores, prestaban juramento de respetar las "leyes de Eduardo", es decir, las costumbres en vigor durante el reinado de éste.

Fueron, sin embargo, Guillermo y sus sucesores quienes, - sin prescindir del cuadro de instituciones políticas vigentes, dotaron a Inglaterra de las que, andando el tiempo, se consolidarían como efinitivas: el Parlamento, de una parte, y los Tri

El único propietario del Reino era el Soberano, que ostentaba su dominio en nombre de Dios. Una parte de sus propiedades la administraba directamente y el resto lo cedía, en régimen feudal, a los señores normandos y a los ingleses que cooperaron a su victoria. Tales señores, que tenían la tierra en nombre del Rey, también cedían parte de ella en régimen feudal, y así sucesivamente. De este modo nació el sistema inmobiliario feudal del que pronto nos ocuparemos (v. 3. más adelante) con la atención que merece.

Contrariamente a lo que podría deducirse de lo dicho en el párrafo anterior, el Rey no era un monarca absoluto. Para el caso de violación del juramento de respetar las costumbres en vigor, sus vasallos podían considerarse desligados de su deber feudal. Además, estaba rodeado de un Consejo, llamado "Concilium Regis" o "Curia Regis", compuesto de barones, obispos y abades, que concurrían a él en cumplimiento de sus deberes feudales. El Rey consultaba a esta asamblea antes de crear nuevos impuestos o de tomar decisiones políticas de importancia. Asimismo, el Consejo participaba en la administración de la justicia real. El "Concilium Regis" constituye, en suma, el antecedente remoto de la actual Cámara de los Lores y de su democratización, a finales del siglo XIII, nació la Cámara de los Comunes. Efectivamente, a partir del reinado de Eduardo I, los caballeros y burgueses que representaban a las gentes comunes del campo y de las ciudades asistían, en los casos graves, a las deliberaciones del Consejo, pero sin tomar parte en ellas; un "speaker" era el único portavoz de su opinión. Pero aquellos representantes celebraban reuniones officiosas, a menudo secretas, en las que está el origen de la Cámara de los Comunes.

Entre quienes auxiliaban a los primeros reyes normandos, un clérigo, el Canciller, merece particularmente nuestra aten-

ción. En un principio era, tan solo, el capellán real. Más adelante, se le confió la custodia del sello real, lo que, en cierta medida, le convirtió en el Secretario de Estado. Poco tiempo después, fué considerado como el "guardián de la conciencia real", con cuyo carácter jugó un papel decisivo en la formación de la Equidad.

2.1.2. La judicial real en tiempos de los reyes normandos.

Sin suprimir las jurisdicciones existentes, que serán sumariamente consideradas en este mismo apartado, los reyes normandos, ávidos de centralización, se esforzaron en promover una justicia real que aplicase un Derecho común (Common Law) a todo el país; la formación de este Derecho aparece así ligada al desarrollo de la justicia real.

En sus comienzos, la justicia real era administrada por el Rey mismo, asistido de la "Curia Regis". Esta jurisdicción se ocupaba de las relaciones jurídicas entre el Rey y sus vasallos, de los pleitos entre los grandes señores y de los crímenes que comprometían la paz del reino. La "Curia Regis" acompañaba al Rey en sus desplazamientos.

Prontamente se inicia una cierta especialización en el seno de la "Curia Regis" de la que, en forma sucesiva, se desligan tres Tribunales que establecen su sede en Westminster: Real Hacienda (Exchequer), Pleitos Comunes (Common Pleas) y Tribunal del Rey (King's Bench). La Hacienda Real es la sección de la "Curia Regis" que dirigía las finanzas reales, desempeñando funciones judiciales cuando surgían conflictos en materia financiera. La sección denominada de Pleitos Comunes conocía, en ciertos casos, los contenciosos suscitados entre particulares. El Tribunal del Rey, originariamente presidido por él, gozaba de preeminencia sobre las otras dos secciones. En ciertos asunos

tos, principalmente criminales, decidía en primera instancia y además era competente en las apelaciones contra los fallos del Tribunal de Pleitos Comunes. A partir del siglo XIV pudo actuar sin la presencia del Rey y por este camino, la Cámara de los - Lores, de la que esta sección de la "Curia Regis" es su antecedente inmediato, adquirió el carácter, que conserva, de Tribunal Supremo del Reino.

Junto a esta jurisdicción sedentaria surgió, y adquirió - enorme importancia, otra de carácter itinerante que jugó papel principalísimo en la formación del Derecho común. Ya durante - el reinado de Guillermo el Conquistador, algunos emisarios reales eran enviados ocasionalmente a las provincias para conocer y fallar ciertos pleitos importantes. Pero fué preciso aguar - dar al reinado de Enrique II (segunda mitad del siglo XII) para que se instaurara un verdadero sistema de justicia itinerante: jueces reales, elegidos entre los efectivos de Westminster, eran enviados a las diferentes partes del reino que, a fin de impartir justicia, quedó dividido en cuatro circuitos.

A finales del siglo XIII, dos Tribunales celebran sus sesiones, temporalmente, en las ciudades incluidas en los circuitos. Uno de ellos, "Court of Assize", competente en materia penal y el otro, "Nisi Prius", conocedor de los asuntos civiles, así designado por cuanto los demandantes citaban a sus adversarios para comparecer ante los Tribunales de Westminster, a menos que antes (nisi prius) hiciesen éstos acto de presencia en el condado donde el pleito se suscitaba. En ambos Tribunales, los jueces reales eran asistidos de un jurado (jury) compuesto de hombres del país, que les informaban de circunstancias del pleito y daban una respuesta verídica (veredict) a las cuestiones que los jueces les planteaban.

El sistema de jueces itinerantes ejerció una influencia decisiva en la formación del conjunto común de normas jurídicas - conocido bajo la denominación de "Common Law". En efecto, al amparo de este sistema los jueces reales tuvieron oportunidad de conocer las numerosas costumbres locales y de elegir las mejores, interpretándolas y acomodándolas a las tendencias y hábitos sociales de la época, colmando sus lagunas mediante la razón y el buen sentido jurídico. En su condición de representantes de un gobierno central, que aspiraba a uniformar la administración de justicia, hay que presumir que, con ocasión de sus encuentros en Westminster, intercambiarían criterios con vistas a armonizar la gran variedad de costumbres existentes, hasta fusionarlas en un cuerpo jurídico único.

El Derecho común constituye, en suma, un sistema jurídico o mediante el cual los jueces recogieron y adaptaron las costumbres que les parecieron mejores. En este trabajo de selección y adaptación, los jueces ~~se~~ guiaron por su razón, factor que ha desempeñado un rol capital en la formación del Derecho inglés, hasta el punto de que aún en nuestros días la razón es una importante fuente de Derecho. Gracias al libre ejercicio que de su razón hicieron los jueces, el Derecho inglés se formó bajo la influencia de las concepciones morales, políticas, jurídicas de la época en que los jueces impartían justicia, y de los Derechos romano y canónico, enseñados en Oxford y Cambridge, que sirvieron para sistematizar el Derecho común y colmar sus lagunas. Además, la regla del precedente tiene su origen en la racionalidad con que actuaban los jueces. Estos tomaron la costumbre de adaptarse a las sentencias ya dictadas, no porque estas decisiones tuvieran a sus ojos el valor de precedentes rígidamente obligatorios, sino porque no sería razonable fallar ahora en un sentido y luego en otro.

Estas someras indicaciones sobre las fuentes del Derecho -

común nos permiten apreciar el valor de la expresión Derecho - consuetudinario, a menudo utilizada para caracterizar el Derecho inglés. Tal expresión puede legítimamente serle aplicada - si se la toma como sinónimo de Derecho indígena. El Derecho inglés se ha desarrollado, en efecto, a partir de un núcleo jurídico netamente autóctono (las costumbres locales) y mediante - procedimientos indígenas (la razón de los jueces). Del Derecho inglés se ha dicho que es el único gran sistema jurídico indígena que el mundo moderno ha producido.

Por el contrario, si a la palabra costumbre se le dá su - significado usual -a saber, el de norma jurídica cuya fuerza - obligatoria reposa sobre el hecho de que es generalmente aceptada y aplicada por los justiciables desde mucho tiempo atrás - es cierto que el Derecho inglés no es Derecho consuetudinario. En conclusión, el Derecho común es más la costumbre de los jueces que de los justiciables.

2.1.3. Las jurisdicciones concurrentes con la justicia real.

El desarrollo de la justicia real se llevó a cabo en detrimento de otras jurisdicciones concurrentes, que aplicaban - sistemas jurídicos distintos del "Common Law" y que se fueron debilitando progresivamente.

Estas jurisdicciones coexistentes con aquella eran de - cuatro clases: Tribunales del Condado o locales, Tribunales señoriales, Tribunales eclesiásticos y Tribunales mercantiles. - Su estudio, siquiera sea esquemático, resulta obligado porque son parte importante del contexto en que el sistema del "Common Law" hizo acto de presencia y porque frente a ellas se fraguó su hegemonía.

Los Tribunales del Condado o locales (County Courts or Shire Courts) del periodo anglo-sajón conservaron, tras la conquista normanda, el carácter de jurisdicción ordinaria, aplicando en sus actuaciones la costumbre del condado. Estos Tribunales pronto perdieron su prestigio: los hombres libres rehuían comparecer ante ellos para resolver sus litigios. El Estatuto de Gloucester, de 1278, les dió el golpe de gracia al prohibir a los Tribunales de Westminster el conocimiento de pleitos de importancia inferior a 40 shillings. Una interpretación tendenciosa de esta ley vedó a los Tribunales locales -y también a los señoriales- el conocimiento de los litigios de cuantía superior a 40 shillings, competencia que fué progresivamente degradándose con el deterioro del poder adquisitivo del dinero. Su abolición formal, sin embargo, no se produjo hasta 1867.

La prerrogativa de administrar justicia pertenecía a aquellos señores que tenían un número suficiente de vasallos. Los Tribunales señoriales. "manorials" eran competentes para conocer los aspectos conflictivos de las relaciones entre señores y vasallos, que zanjaban también mediante la aplicación de las costumbres locales. Su competencia quedó muy reducida por leyes dictadas en tiempo de Enrique II, que atribuyeron a los Tribunales del Rey la facultad exclusiva de juzgar los pleitos sobre la posesión de inmuebles. Por efecto de estas y otras varias disposiciones adversas, los Tribunales señoriales perdieron toda importancia real en el siglo XIV.

Los Tribunales eclesiásticos se implantaron en Inglaterra a partir de la conquista normanda. Aplicaban el Derecho canónico. Su competencia en materia civil, se extendía a cuantos asuntos ofrecían aspectos espirituales: matrimonio, separación, filiación, verificación de testamentos y contratos solemnizados mediante juramento. También experimentó la concurrencia de los Tribunales del Rey, que pronto les arrebató la competencia en -

materia de filiación y de contratos. A partir del reinado de Enrique VIII, aplicaron un Derecho canónico inglés cuyo contenido fué modificado en gran medida por leyes del Parlamento. La apelación al Papa fué reemplazada por la apelación al Rey, representado por un Tribunal de Delegados (Court of Delegates) integrada de Obispos y de laicos.

Las jurisdicciones mercantiles, existentes desde los comienzos de las dinastías normandas, aplicaban un Derecho internacional basado en los usos del comercio. Desempeñaban una función importante, por cuanto los comerciantes extranjeros rehusaban acudir a los puertos o mercados en los que no existiera un Tribunal de Comercio.

Hacia 1350 surgió el Tribunal del Almirantazgo, que absorbió a la mayoría de las jurisdicciones mercantiles existentes. Su competencia, tanto civil como penal, era muy amplia, pero también experimentó el deterioro inherente al enorme poder de absorción de los Tribunales del Rey, hasta el extremo de que en el siglo XVIII el Almirantazgo quedó, en materia judicial, circunscrito al conocimiento de los delitos cometidos en el mar o fuera de Inglaterra, pasando todas sus competencias en materia civil a la jurisdicción real. Ello tuvo como consecuencia la incorporación del Derecho mercantil al Derecho común.

2.2. La formación de la Equidad.

2.2.1. Origen de la jurisdicción de Equidad.

Ya en el siglo XIII, el Derecho común se encontraba atrapado en un rígido formalismo que provenía de la forma en que las acciones judiciales eran ejercitadas. El demandante había de obtener de la Cancillería un mandamiento (writ) u orden dirigida por el Rey al demandado (o más exactamente, al representante local del Rey, que era el encargado de transmitir la orden al de-

mandado) disponiendo que éste diera satisfacción al demandante o, en su defecto, compareciese delante de un Tribunal real.

A cada clase de demanda correspondía un "writ" estereotipado: "writ of right" a disposición de quién pretendía el reconocimiento de su dominio inmobiliario; "writ of debt" para quién quería que se le pagase una deuda en metálico; "writ of trespass" para la reparación de los daños sufridos por la víctima de una violencia injusta, etc. Cada mandamiento entrañaba la aplicación de reglas procesales propias, particularmente en cuanto a la administración de la prueba y la ejecución de la sentencia y, también, en cuanto a las normas sustantivas aplicables.

Los "writs" eran expedidos mediante el pago de tasas importantes, por lo que la Cancillería tendía a crear continuamente nuevos mandamientos, aumentando, por la vía de la especialización casuística, la competencia de los Tribunales reales. Los señores feudales veían con malos ojos esta proliferación de mandamientos que continuamente mermaba la competencia de sus Tribunales y a la que se esforzaban en poner coto.

Las Provisiones de Oxford, de 1258, les dieron satisfacción al prohibir al Canciller la creación de nuevos "writs" sin una orden formal del Rey y de su Consejo. De golpe, la maquinaria expansionista del Derecho común quedó bloqueada: era imposible, sin acuerdo del Consejo, en el que los señores tenían hegemonía, someter al conocimiento de los Tribunales reales aquellos asuntos que no encajasen en el cuadro de los mandamientos existentes. El Segundo Estatuto de Westminster, de 1285, suavizó la regla: en adelante, el Canciller debería acordar un "writ" en los casos que guardasen similitud con otros para los que ya se hubiese expedido mandamiento antes de 1285. Los demandantes, para someter nuevas cuestiones a los jueces reales, debían ingeniárselas para asimilarlas a casos ya admitidos. Así se explica el carácter artificial y forzado de numerosas clasificaciones del Derecho inglés moderno.

El mecanismo subsidiario creado por el Estatuto de Westminster, de 1285, resultó insuficiente ya que eran múltiples - los casos en que la asimilación, aún agotando todas sus posibilidades, era inviable. Además, y en general, aún expedido un "writ" los Tribunales podían juzgarlo irregular o inaplicable al caso en cuestión, lo que entrañaba la pérdida del pleito.

Quienes, precisando hacer demanda de sus derechos, se veían en situación de desamparo debido al peculiar juego de los mecanismos judiciales del Derecho común, comenzaron a utilizar, cada vez con más frecuencia, una vía, hasta entonces excepcional, que consistía en dirigirse al Rey suplicándole, "por Dios y como obra de caridad", que hiciese justicia. El Rey era, en efecto, la potestad soberana encargada de administrar justicia. Fue él quién autorizó la creación de los Tribunales de -- Westminster, en los que delegó su autoridad, delegación que, - sin embargo, no agotó sus poderes judiciales. No quedaba, pues, excluida su intervención directa si ésta era condición precisa para reparar una injusticia.

En sus orígenes, la utilización de esta vía suprema entrañaba la intervención directa del Rey que, ayudado de su Consejo, juzgaba las peticiones que se le dirigían. Pero pronto se produjo un fenómeno análogo al que dió origen a los Tribunales del Rey: el Consejo tomó la costumbre de delegar su autoridad en uno de sus miembros, el Canciller. Nació así el Tribunal de la Cancillería (Chancery Court).

El Canciller, en su doble condición de eclesiástico y de "guardián de la conciencia real", aceptó intervenir, principalmente, cuando se trataba de hacer respetar las obligaciones de conciencia y resolvía según equidad, sin tener en cuenta las - normas del Derecho común.

2.2.2. Desarrollo de la jurisdicción de Equidad.

La jurisdicción de Equidad tuvo un éxito creciente a lo largo de los siglos XV y XVI porque ofrecía a los demandantes un procedimiento más simple y más eficaz que el de los Tribunales de Westminster y remedios, desconocidos en el ámbito del Derecho común, que pronto acreditaron su eficacia.

Para suscitar una cuestión ante el Tribunal de la Cancillería no era preciso obtener un "writ", eludiéndose así el riesgo de elegir uno inadecuado. Bastaba con dirigir una petición al Canciller, que requería al demandado para que compareciese ante él "sub poena", es decir, pudiendo ser sancionado, en caso de desobediencia, incluso con arresto personal.

No había Jurado en el Tribunal de la Cancillería lo que, en aquella época, era considerado como una ventaja, ya que la presencia de este órgano retardaba la tramitación del procedimiento, sin que su intervención comportara grandes ventajas ya que quienes solían integrarlo eran gentes generalmente ignorantes y poco inteligentes, incapaces de distinguir entre un testigo falso y otro verdadero.

Finalmente, la mayor simplicidad y eficacia del procedimiento se ponía de manifiesto en la función procesal activa que el Canciller asumía, de acuerdo con un criterio inquisitorio tomado del Derecho canónico. No se limitaba a recibir las pruebas que las partes aportaban, como ocurría en los Tribunales reales, sino que interrogaba, bajo juramento, a los litigantes y les ordenaba producir los documentos de que estuviesen provistos, que eran medios de investigación desconocidos en Derecho común.

La peculiar eficacia de los remedios puestos en juego por la jurisdicción de la Equidad se aprecia con un exámen, aunque sea somero, de los mismos. El Canciller podía expedir requerimientos (injunctions) prohibiendo a un particular la ejecución de este o aquél acto, como, por ejemplo, el ejercicio de un de recho reconocido por el Derecho común o, incluso, ejecutar una sentencia dictada con arreglo a sus normas. Asimismo, podía in timar a la ejecución de determinados actos; concretamente, en materia de contratos, tenía facultades para imponer el cumplimiento en especie o cumplimiento específico (specific performance) mientras que en Derecho común, en caso de incumplimiento, solo era posible obtener indemnización daños y perjuicios. Finalmente, tenía, como recursos supremos, en caso de desobediencia del requerido, su encarcelamiento y el embargo de sus bienes.

El desarrollo de la jurisdicción del Canciller constituía una peligrosa concurrencia para los Tribunales de Derecho común. Esta rivalidad dió lugar, a comienzos del siglo XVII, a un conflicto famoso (que Roscoe POUND, narra con algún detalle en su obra "El Espíritu del Common Law", pgs. 73 y 74. Barcelona, 1954) entre el Canciller Ellesmere y el Presidente del Tribunal de Causas Comunes, Coke, que contaba con el apoyo del Parlamento, a pesar de lo cual el tema se zanjó con su destitución. Efectivamente, el conflicto fué sometido al arbitraje de Jacobo I que, con arreglo a sus tendencias absolutistas, se pronunció en favor de su Canciller, disponiendo que en caso de contradicción entre el Derecho común y la Equidad, este último, en cuanto sistema jurídico, había de preservar su integridad. Ello sin perjuicio de la mayor solidez de los derechos subjetivos legales en comparación con los equitativos, especialmente en materia inmobiliaria, como hemos visto al comienzo de este apartado y tendremos ocasión de comprobar en los dos siguientes.

Pero los Cancilleres tuvieron la sabiduría de no abusar - de su victoria, renunciando a extender arbitraria e innecesariamente su competencia, aceptando, además, que sus decisiones pudieran ser objeto de apelación ante la Cámara de los Lores. Esta moderación permitió al Tribunal de la Cancillería sobrevivir a la Revolución de 1648, a pesar de una ordenanza de Cromwell que pretendió su supresión. Tras la Restauración, a partir de 1673, los cancilleres fueron elegidos entre juristas, lo que supuso una aproximación entre ambas jurisdicciones, principalmente en cuanto a la adopción de la regla del precedente.

2.2.3. Concepto de la Equidad.

Un primer interrogante que se suscita cuando se pretende establecer el concepto de Equidad es el de si las sentencias - del Tribunal de la Cancillería se inspiraban en el sentimiento de equidad personal del juez o entrañaban la aplicación de reglas jurídicas objetivas. Se trata, en suma, del tema de sus fuentes.

En sus comienzos, el Canciller fallaba, en cada caso, esforzándose en dar al litigio la solución que, en conciencia, - le parecía más equitativa. Mucho se ha discutido sobre el alcance que tuvo la influencia del Derecho europeo continental - en la Equidad inglesa, pero no puede seriamente dudarse que ésta debió mucho, particularmente en su más temprana etapa formativa, a los "civilistas", a través de los canonistas romanizados, pues los primeros cancilleres ingleses fueron clérigos - ilustrados. De todos modos, en un primer momento, lo arbitrario primaba en las sentencias del Tribunal de la Cancillería. Siguiendo la fórmula, a menudo citada, de Selden, la Equidad - variaba según el tamaño del pie del Canciller.

Pero a medida que la intervención de los Cancilleres se sistematizaba, fueron sintiéndose cada vez más ligados por sus precedentes; estos, se condensaron en normas que se respetaban cada vez de forma más estricta.

Algunas de estas normas tuvieron su expresión en las llamadas "máximas de Equidad". El estudio de varios de sus ejemplos - puede ayudarnos a captar la esencia del concepto de Equidad.

- "La Equidad actua "in personam", es decir, que para la ejecución de sus sentencias puede llegarse hasta el encarcelamiento del obligado a cumplirlas.

- "La Equidad sigue al Derecho común", lo tiene en cuenta, y solo se aparta de él si razones imperiosas de conciencia lo exigen.

- "La Equidad no tolera que un entuerto quede sin reparación".

- "Quien se acoge a la Equidad, debe actuar equitativamente".

- "La Equidad concede más importancia a la intención que a la forma".

- "El retraso, va contra la Equidad".

También en esta época, que cabría denominar de consolidación jurídica de la Equidad, continuaron influyendo en ella el Derecho canónico y el Derecho romano. Concretamente, la obra de St. Germain "Doctor and Student", de comienzos del siglo XVI, influida por Gerson, un canonista continental, afectó al pensamiento de la "Equity" inglesa. De esta manera, a través de Sto. Tomás de Aquino y otros, las ideas de Aristóteles acerca de la Equidad penetraron en el Derecho inglés.

A partir de 1673, como ya hemos dicho, los Cancilleres fueron elegidos entre juristas. La Equidad se fué alejando, cada vez más, de su fundamento moral para constituir un conjunto de normas jurídicas de un carácter tan técnico y casi tan rígido - como las del Derecho común. Los Cancilleres cesaron de considerar la equidad del litigio para aplicar, con el mayor automatismo posible, las normas llamadas de Equidad. Como ya sabemos, tomaron de los jueces del Derecho común la regla del precedente.

Otra cuestión que necesita ser precisada, singularmente para los juristas de formación continental, es el del lugar que la Equidad ocupa en el Derecho inglés. Tratando de sintetizar, cabe considerarla como un Apéndice del Derecho común con la triple función de llenar sus lagunas, corregir los abusos que eran posibles en su aplicación y rivalizar, en ocasiones, con aquél, en cuanto cuerpo central del Ordenamiento jurídico inglés. A este último aspecto ya hemos hecho referencia, en este mismo subapartado, al estudiar el desarrollo de la jurisdicción de Equidad.

En el ámbito del Derecho inmobiliario alcanzó la Equidad - sus más sonados logros en cuanto instrumento para flexibilizar, suplir las deficiencias y colmar las lagunas existentes en el Derecho común. Creación suya son la cesión fiduciaria y los fideicomisos, instituciones de enorme importancia histórica y actual en el Derecho inglés, a las que pronto nos referiremos - (v. 4 y 5 de este mismo capítulo).

La Equidad corrigió los abusos del Derecho común cuando éste se invocaba con fines fraudulentos u opresivos. El derecho - equitativo de redención (v. 2.2. capítulo IV) es una de las manifestaciones más claras de esta función.

Debemos, en suma, insistir en el carácter complementario - que la Equidad tuvo y tiene, en todo momento, respecto al Derecho común. A pesar de los conflictos habidos entre ambas jurisdicciones, no podemos pensar en el Derecho común y en la Equidad como dos sistemas rivales. La Equidad no fué nunca un sistema que se bastase a sí mismo; en cada uno de sus puntos presuponia la existencia del Derecho común. Sin embargo éste, no obstante sus deficiencias, era un sistema jurídico completo, que hubiera podido funcionar sin la Equidad, aunque no sin grave daño para la bondad de sus resultados prácticos alcanzados. Lo contrario, sin embargo, es absolutamente impensable.

2.3. Fusión de ambas jurisdicciones.

Hasta 1873 la Equidad y el Derecho común se aplicaban por dos jurisdicciones diferentes. Esta situación era causa de múltiples complicaciones para los demandantes.

Supongamos, por ejemplo, que un actor pretendía obtener, - acumulativamente, el cumplimiento en especie de la prestación a la que se había comprometido su deudor y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en dicho cumplimiento. Necesitaba, para ello, interponer dos acciones: una ante el Tribunal de la Cancillería, que era el único que podía acordar la "specific performance" desconocida por el Derecho común, y la otra ante un Tribunal real porque dado que la indemnización de daños y perjuicios estaba prevista en Derecho común, la Equidad se abstenía de formular norma alguna al respecto.

Supongamos, de nuevo, que en el curso de un procedimiento de Derecho común, se quería obligar al adversario a exhibir un documento; era preciso suspender el procedimiento para solicitar del Tribunal de la Cancillería un requerimiento o "injunction" exigiendo al adversario la presentación del documento.

La Ley de Judicatura (Judicature Acts) de 1873 dió fin a - esta situación anómala disponiendo que todas las jurisdicciones podrían aplicar, en adelante, tanto las normas de Derecho común como las de Equidad.

Así, tomando como punto de referencia nuestro primer ejemplo, un Tribunal conociendo principalmente de una demanda de - cumplimiento en especie de un contrato (aplicación de una norma de Equidad) puede, al mismo tiempo, fallar sobre la demanda accesorio de daños y perjuicios por razón de demora (aplicación - de una norma de Derecho común).

Al mismo tiempo, la Ley de 1873 unificó todos los Tribunales generales del país en un Tribunal Superior de Judicatura - (Supreme Court of Judicature). Por encima de él está la Cámara de los Lores, verdadero Tribunal Supremo del país. "The Supreme Court of Judicature" se compone del Tribunal de Apelación (Court of Appeal) y del Alto Tribunal de Justicia (High Court of Justice) que se subdivide en varias secciones, una de las cuales es la División de la Cancillería (Chancery Division).

Actualmente, la Justicia se administra como un todo, no - siendo posible crear nuevos principios de Equidad para un caso concreto de injusticia, ya que aquélla ha de aplicarse observando estrictamente la ley y el precedente. De todos modos, los - Tribunales conservan lo que todavía se denomina jurisdicción - equitativa (equitable jurisdiction), pero aunque suele ser la - División de la Cancillería la sección que administra esta modalidad de justicia -en materias tales como fideicomisos e hipotecas, entre otras- su competencia equitativa, sin dejar de ser - preferente no es exclusiva. Efectivamente, aunque la mayoría de los temas de naturaleza equitativa son vistos en la División de la Cancillería, hay otros -como cumplimiento en especie de los precontratos (specific performance of contract) y requerimientos en materia de violencias injustas o cuasidelitos (injunction

against tort)- que se dilucidan en otra sección del Alto Tribunal, la División del Tribunal de la Reina (Queen's Bench Division).

Estas especializaciones rigen sin menoscabo del principio general establecido en la Ley de 1873, en cuya virtud se confiere competencia a todas las Divisiones del Alto Tribunal para aplicar el Derecho común y la Equidad, así como para poner en práctica todos los remedios arbitrados por ambos sistemas jurídicos. En tal sentido, la Ley de Judicatura de 1873 (modificada y consolidada por la de igual nombre de 1925 y por las de Administración de Justicia y de Tribunales de 1970 y 1971, respectivamente) dió normas para resolver determinados conflictos que, en la regulación de algunas materias sustantivas, se podían plantear por concurrencia de normas equitativas y legales, fijando la preferencia de unas u otras, según los casos. Al mismo tiempo dejó establecida la preeminencia general de la Equidad para zanjar conflictos que en lo sucesivo pudieran producirse, siempre que para ellos no se hubiere dictado norma particular aclaratoria.

Los Tribunales del Condado o locales tienen también competencia en materias equitativas, tales como fideicomisos e hipotecas, hasta determinada cuantía o ilimitada, si los litigantes la aceptan sin limitación de cuantía.

3. EL SISTEMA INMOBILIARIO DEL DERECHO COMUN.

- o - o - o -

* El sistema inmobiliario del Derecho común ofrece una imágen cuya doble dimensión -vertical y horizontal- constituye la fiel representación plástica de un concepto que, al menos en el plano teórico, ha prolongado su validez - hasta nuestros días. Muy difícil se hace el manejo de las piezas del rompecabezas inmobiliario inglés si no se distingue claramente entre tenencias (tenures) y pertenencias (estates).

Aquellas, que son el componente vertical de la imágen antes aludida, sirven para designar, genéricamente, - las muy heterogéneas relaciones de carácter predominantemente bilateral y jerárquico, y de contenido más político social que económico, que se establecieron a partir de la conquista normanda, entre los señores feudales y sus vassallos.

El feudalismo, que fué llevado a Inglaterra por los normandos, arraigó pronto profundamente como sistema de - organización político-social del país, pero no sin sufrir la influencia de las peculiaridades del medio ambiente al que hubo de amoldarse. Esta adaptación abrió paso a una - modalidad o variedad inglesa de feudalismo en la que cabe destacar, como singularidades más notables, estas dos:

1ª. Atribución al Soberano, en exclusiva, del dominio pleno y absoluto sobre todos los inmuebles del Reino. Cualquier propiedad inmobiliaria era detentada, directa o indirectamente, en virtud de concesión real. Es esta una

./.

característica del Derecho inmobiliario inglés que ha resistido el paso del tiempo sin notables alteraciones: la Corona, en cuanto encarnación suprema del Estado, es, aún en nuestros días, la titular exclusiva del único dominio al. - que conceptualmente no se le reconocen límites.

2ª. Aplicación universal del sistema de tenencias feudales que no quedó circunscrito, como en el Continente, a quienes detentaban la tierra a cambio de servicios militares, sino que se extendió también a todo detentador cualquiera que fuera la naturaleza de los servicios que había de prestar a cambio de la cesión del uso de la tierra. Dos consecuencias se derivaron de la adopción generalizada del sistema de tenencias: una extraordinaria proliferación de sus clases de acuerdo con la suma diversidad de servicios que podían integrar su contenido, y la intensa propagación de la práctica, abusiva y viciosa, de la subenfeudación, peligrosísimo foco de parasitismo social, a la que con extraordinario tino puso fin, en 1290, el Estatuto "Quia Emptores".

La desmembración de la propiedad, fenómeno muy característico de la Edad Media y de significación netamente feudal, se desarrolló en España (CASTAN, op. cit., 2,1. pgs. 85 y sgs. Madrid, 1971) bajo tres formas principales: los feudos (principalmente en Cataluña y Valencia, aunque también existieron, con distintos nombres, en Castilla y las demás regiones), los foros (en Galicia y Asturias) y los censos (en todas partes). Han sostenido algunos escritores que el feudalismo propiamente dicho, aunque establecido en Cataluña y Valencia, no llegó a prevalecer en Aragón y Navarra, ni mucho menos en León y Castilla, opinión que ha sido impugnada en base a que los caracteres esenciales del feuda

lismo -a saber, la separación entre el dominio directo y -
 útil de las tierras, y la unión al dominio directo de la fa-
 cultad de exigir fidelidad y servicios militares y políti-
 cos- se dieron no solo en Cataluña y Valencia, sino también
 en Aragón, Navarra, León y Castilla, donde había muchas tie-
 rras cuyo dominio directo llevaba consigo el derecho de exi-
 gir fidelidad y servicios militares de los hombres que las
 habitaban o poseían. Lo que hay es que esta propiedad sólo
 en Cataluña, Valencia y Ribagorza fué conocida con el nom-
 bre europeo de feudo. En las demás regiones recibió denomi-
 naciones diversas.

El feudalismo hispánico, así como las demás formas pa-
 rafeudales de desmembración de la propiedad inmueble que -
 florecieron en territorio peninsular, se caracterizan por -
 un mayor respeto a los esquemas continentales que el tribu-
 tado por el feudalismo inglés. Ni el Rey (más correcto es -
 hablar de Reyes, pues varios eran los Reinos) quedó tan só-
 lida y duraderamente instalado, como dueño absoluto, en la -
 cúspide de la pirámide feudal -aunque las necesidades de de-
 fensa frente a la España islámica robustecieron su poder mi-
 litar y político- ni la aplicación del sistema feudal, aún
 rebasando, a veces, el estricto servicio de las armas (como
 en el caso de las "encomiendas" y "mandaciones" castellano-
 leonesas) fué tan amplio y generalizado como en Inglaterra.
 Tampoco el problema de la subenfeudación revistió tan acusa-
 dos caracteres de gravedad, gracias a que la escasa prolife-
 ración de las modalidades de prestaciones feudales actuó co-
 mo factor moderador en la difusión del sistema. A pesar de
 ello, nuestro legislador también sintió preocupación por el
 tema como lo demuestra, modernamente, el art. 1.654 del C.c.
 que prohíbe la constitución de subenfiteusis y, de rechazo,

la de subforos. Igualmente lo prohíbe, en Cataluña, de un modo muy radical, la Ley especial de Censos de 1945, en su art. 38, al referirse a los subestablecimientos, si bien la Compilación de 1960, en su art. 319, dió reglas para los establecimientos subsistentes. No debe extrañar esta peculiar normativa catalana pues fué esta región la única en que el feudalismo europeo se dió en sus formas puras y acompañado de abundantes especies de subenfeudación (baronías, castlanias, feus de cavallería).

Las tenencias, institución clave del sistema feudal inglés, se clasifican en dos grandes grupos: libres (free tenures) y no libres (non free tenures) cuya única modalidad era la servidumbre personal, más tarde tenencia judicialmente registrada (villanagium, later called copy-hold). Fué en el ámbito de las tenencias libres donde se produjo la espectacular eclosión de especies, ya mencionada, entre las que, por su importancia socioeconómica, arraigo y, supervivencia, sobresale la cesión feudal (socage). Se distinguía ésta por su carácter esencialmente no militar y su condición de forma residual de tenencia en la que los servicios, potencialmente heterogéneos, a que se obligaba el vasallo eran absolutamente ciertos y fijos, adoptando, a medida que la institución evolucionó, la forma de prestaciones en metálico. Por su parte, la tenencia judicialmente registrada caracterizábase por la condición de siervo -no de vasallo- que concurría en el cultivador de la tierra, y por el hecho de que los servicios agrícolas que había de rendir al señor eran de naturaleza incierta y variables a voluntad de éste, que podía cambiarlos de un día para otro. Mas adelante, en los siglos XIV y XV, la regulación jurídica de esta institución dió un giro espectacular, sustituyéndose la obligación de cultivar por un sistema de pagos en metálico, desapareciendo, al mismo tiempo, toda traza de servidumbre personal. Hay, pues, una evolución

convergente de ambas clases de tenencias, alcanzándose un punto de cuasi-asimilación que indujo a los autores de las Leyes de Propiedad de 1922 y 1925 a convertir la tenencia judicialmente registrada en cesión feudal, decretando la abolición de las restantes modalidades de tenencia. Como en ambos casos las rentas habían quedado bloqueadas, a pesar de la gradual devaluación de los valores monetarios, perdieron completamente su significado económico, hasta el punto de no valer la pena su cobranza. Por esta razón, y a pesar de su subsistencia formal, es prácticamente imposible probar su existencia en nuestros días ya que el pago de la renta dejó de hacerse desde tiempo inmemorial. Su subsistencia, en base a lo dispuesto en las leyes modernas que acabamos de citar, es, por ello, puramente nominal.

La representación gráfica de las relaciones jurídicas inmobiliarias del Derecho común, consideradas en su conjunto, quedaría incompleta sin el estudio de su componente horizontal: las pertenencias (estates). Son estas relaciones jurídicas existentes entre quienes, en cosa propia, ejercen potestad directa sobre la tierra, y los restantes miembros de la comunidad social; su contenido es predominantemente económico y en ellas sobresalen las notas de multilateralidad e igualdad. Tenencias y pertenencias son los dos hemisferios con cuyo acoplamiento simultáneo quedaba completo el sistema de relaciones jurídicas inmobiliarias del Derecho común.

El amplio edificio conceptual de las pertenencias, en el que se cobijan todos los miembros de esta numerosa familia institucional, se asienta en una noción que constituye la piedra angular, el indispensable cimiento, de todas ellas: la posesión inglesa de inmuebles (seisin). Con un enfoque empapado de pragmatismo, habitual en los planteamien-

tos del "Common Law", parten los juristas ingleses del criterio de que cualquier título sobre bienes inmuebles está basado en la posesión, en el sentido de que el título de quién posee prevalece contra quienes no pueden demostrar un mejor derecho a esa posesión. Esta viene a ser la expresión fáctica del título, el legítimo goce del predio en base a un título válido. Título y posesión devienen, así, prácticamente inescindibles; la expresión de esta unidad es la "posesión feudal de inmuebles" en cuya concepción es esencial que algunas de sus formas (seisins) puedan ser mejores que otras, estar dotadas de mayor virtualidad jurídica que las demás por razón del título que emanan.

PUIG BRUTAU (Estudios ...; pgs. 56 y sgs.) manejando opiniones de autores anglosajones, nos ofrece, como explicación del singular concepto de la posesión feudal de inmuebles o investidura, la animadversión del Derecho inglés hacia toda tentativa encaminada a separar las formas dominicales inmobiliarias de la posesión que en ellas tenían su origen. Precisamente porque las tenencias y pertenencias tenían, en sus orígenes, un sentido relativo, como mera incidencia de una relación personal, no se concebía en quién no tenía la dominación física de la cosa a base de la que debían prestarse los servicios derivados del vínculo señorial.

Mediante elaboración de las fuentes doctrinales que maneja, el mismo autor llega a la conclusión personal de que la "possession" de los bienes muebles, lo mismo que la "seisin" de los inmuebles, ofrece en Derecho anglosajón, en general, el mismo aspecto o estructura obligacional, sin que aquella constituya una aproximación a la posesión romana, de eficacia real, a cuyo patrón se ajusta, principalmente, nuestro Código civil. El principal argumento en el que fundamenta la asimilación de ambas formas posesorias es el

de que no puede alegarse el derecho dominical posesorio separado de la posesión contra quien adquiere de buena fé y a título oneroso (*bona fide purchaser for value*) la misma cosa - por derivación del poseedor con mera apariencia del propietario. De aceptarse esta interpretación, la idea de dominio pleno u "ownership" sobre los bienes muebles, quebraría ante un criterio de total protección a la seguridad del tráfico jurídico.

En todo caso, la expresión fáctica del derecho, por muy intenso que sea el grado de pragmatismo del sistema jurídico en cuestión, no cabe identificarla con el derecho al que sirve de exponente. El Derecho inglés no es una excepción y, por ello, para expresar los derechos dominicales sobre la propiedad territorial ha elaborado la noción de pertenencia (*estate*) que es una figura o ente abstracto que se interpone entre el poseedor detentador y la tierra y que constituye el objeto del derecho de aquél y, por traslación, el derecho mismo. Puede ser definida como un derecho de posesión, disfrute y disposición inmobiliario sujeto a las limitaciones de tiempo y contenido que hubiesen sido establecidas en su constitución. El concepto de pertenencia se articula en una doble vertiente temporal: presente y futura. Junto a aquellos tipos de pertenencias que llevan implícita la posesión actual del inmueble, se sitúan otros de posesión igualmente cierta pero futura. De este esquema jurídico, en el que tienen su apoyo los derechos inmobiliarios futuros, cuyo concepto será desarrollado en el capítulo siguiente, se deriva la posibilidad de que varias personas puedan, simultáneamente, ostentar distintas e independientes pertenencias sobre un mismo inmueble, aunque de diferente duración.

No podemos afirmar (parafraseando a PUIG BRUTAU, Estudios..., págs. 38 y 39) que el moderno concepto de los dere-

chos dominicales inmobiliarios (tenencias y pertenencias) en Inglaterra sea feudal por la función que desempeña. Pero, en todo caso, sigue siéndolo, en parte, por la estructura que presenta. La esencia del feudalismo se volatilizó casi por entero para dejar que la misma estructura pudiera servir como una forma jurídica puesta al servicio de nuevos intereses.

Ciertamente, el concepto de posesión producido por el Derecho español, en cuya composición hay ingredientes romano-germánicos, guarda muy lejano parentesco con la típica posesión inglesa de inmuebles. Si partimos de la definición de la posesión como el ejercicio intencional, y en nombre propio, de un derecho real, abstracción hecha de si el que lo verifica tiene o no facultad para ello (PASTOR y ALVIRA, seguido por DE DIEGO, Instituciones, t. I, pág. 363. Madrid, 1959) advertiremos la existencia, al primer golpe de vista, de un elemento que está ausente en la concepción inglesa: la posesión como derecho. Efectivamente, nuestro Código civil, dentro de la posesión en concepto de dueño, reconocida en su artículo 432, dá acogida no sólo a la posesión del dueño (*ius possidendi*) sino también, y principalmente, al propio derecho real de posesión (*ius possessionis*), inexistente en Derecho inglés. Solo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio (art. 447 del C.c.) a través de la usucapión, institución que es su efecto y a la que, lógicamente, tampoco dá acogida el Derecho inglés precisamente porque desconoce su causa.

El sentido riguroso que ALBALADEJO (Op. cit., III, 1º, pgs. 243 y 244. Barcelona, 1976) dá a los términos, sinónimos, de propiedad y dominio como poder jurídico pleno sobre una cosa en cuya virtud ésta queda -en principio- sometida directa y totalmente, es decir, en todos los aspectos y uti-

lidades que pueda proporcionar, a nuestro señorío exclusivo es, evidentemente, intrasplantable al Derecho inglés. Se opone a ello, además del principio histórico-jurídico que ve en la Corona -es decir, en el Estado- el único titular.- dominical pleno y absoluto sobre todos los bienes inmuebles, la peculiar doctrina de las tenencias. Ambas situaciones dominicales superiores que, no obstante su añeja raíz histórica, han sobrevivido, al menos formalmente, a la modernización del Derecho inmobiliario inglés, merced al hondo espíritu tradicional que alienta en sus instituciones, excluyen, extrínsecamente, la idea de señorío absoluto que es consustancial a la noción romanísta del dominio que campea en nuestro Ordenamiento civil. Además, intrínsecamente, la posible acumulación simultánea de varias pertenencias sobre un mismo inmueble, hace inviable respecto a él la idea de señorío exclusivo que acompaña al dominio predial en los Derechos de la familia romana.

En estos, al ser el dominio, en principio, el derecho exclusivo e ilimitado sobre la tierra, que acabamos de caracterizar, la simultaneidad de titularidades dominicales de igual naturaleza, aunque de diferente duración, sobre una misma finca, no es concebible. Aún cuando tal simultaneidad se produzca en algún supuesto de derecho, que la doctrina romanísta y algún sector minoritario de la doctrina española consideran "pars dominii" o división o desmembración del dominio, como el usufructo, lo cierto es que la nuda propiedad conserva una "vis atractiva" tan poderosa para la recuperación de la plenitud de sus facultades que la duración temporal de aquél tiene, necesariamente, muy concretas limitaciones. Así, el usufructo en favor de un pueblo, Corporación o Sociedad no puede constituirse por más de -

treinta años (art. 515 del C.c.) y si el titular es una persona suele ser vitalicio, salvo que se constituya en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, en cuyo caso no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere (art. 521 del C.c.).

Idéntica virtualidad recuperadora de la totalidad de - sus facultades se advierte en otra institución jurídica en que las facultades dominicales andan temporalmente disgregadas. Así, nuestro Código civil prescribe en su art. 781 que las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, -y eventualmente la propiedad de bienes inmuebles- serán válidas y surtirán efecto siempre - que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Si la disposición del testador consiste en dejar a una persona la nuda propiedad y a otras el usufructo, no de forma simultánea, sino sucesiva, será de aplicación la limitación establecida en el artículo 781 antes citado, al que se remite el 787 de nuestro Código civil.

Además, estos derechos de existencia simultánea sobre un mismo inmueble son no sólo de duración limitada, sino -y lo que es más importante- de naturaleza distinta.

Esta diversidad de naturaleza es la que explica el supuesto todavía más destacado del censo enfeiteutico. "Indudablemente, en alguna época constituyó la enfiteusis una - desmembración del dominio o, más claramente, una propiedad dividida. Como muy bien dice Batlle, en la enfiteuses, como en los feudos y otros tipos de antiguos derechos, aparece -

tan considerablemente ampliado el concepto de los "iura in re aliena" que la doctrina medieval entendió que frente al dominio surgía otro dominio, que fué llamado útil por oposición al que se llamó directo, estableciendo en defensa de él una "vindictio utilis o quasi vindictio"; y todavía nuestro Código civil parece aceptar este principio de división, incluso con la terminología clásica, cuando define al censo enfiteúutico en el art. 1.605. No obstante ... se trata simplemente de formas residuales y... en realidad nuestro Código no desenvuelve su sistema con rigor y parece, en otros textos, partir de la base, aceptada por la doctrina moderna, de que el llamado dominio útil es hoy el verdadero dominio" (CASTAN, op. cit. 2, 1, pág. 132). Muy significativa, en apoyo de esta consideración, es la posibilidad de redención que asiste en todo momento al dueño útil mediante el pago en metálico del capital del censo, según lo establecido en el art. 1.608 y concordantes del Código civil español.

Dos son los criterios seguidos por el "Common Law" para clasificar las pertenencias: duración y transmisibilidad por herencia. En base a ellos se distingue entre pertenencias plenas y de duración indeterminada (estates of freehold) y pertenencias menos plenas y de duración determinada o determinable (estates less than freehold). Estas últimas constituyen clase única mientras que las primeras se subdividen en transmisibles por herencia (freeholds of inheritance) e intransmisibles por herencia (freehold not of inheritance). Aquellas pueden ser ilimitadamente heredables (estate in fee simple) y limitadamente heredables (estate in fee tail) mientras que las intransmisibles pueden quedar limitadas a la vida del titular (estate for life) o la de otra persona (estate "pur autre vie").

Esta enumeración de conceptos, en la que se hace gala de un léxico abstruso como soporte de unas ideas que, a pesar de estar construidas con elementos conocidos, son insólitas y desusadas para nuestra mentalidad jurídica, constituye, sin embargo, el entramado básico, el punto de partida, del Derecho inmobiliario inglés. *

- o - o - o -

3.1. La doctrina de las tenencias (tenures).

En Derecho inglés, las relaciones jurídicas inmobiliarias son tan extraordinariamente complejas -históricamente de forma muy acusada y en menor medida en la época presente- y hay en sus normas reguladoras una huella tan profunda del conglomerado político-social que las circunda, que fué preciso configurarlas en torno a dos instituciones jurídicas básicas o, si se quiere, dicho sea de una forma quizá más precisa, como dos vertientes opuestas de una misma institución básica.

Tomando como punto de partida la posición jurídica de quién, desde los comienzos de la época feudal, ejercía derechos de forma más directa sobre la tierra, se hace preciso distinguir entre las relaciones (tenures) que mantenía con el señor o señores feudales, y las que (estates) se establecían entre él y los restantes miembros de la comunidad social. Las primeras eran de contenido predominantemente político-social, sin perjuicio de su componente económica, mientras que en las segundas predominaba ésta sobre aquélla. Las tenencias (tenures) poseían acusado carácter bilateral y jerárquico contrariamente a lo que ocurría con las pertenencias (estates) en las que las notas de multilateralidad e igualdad tenían mayor relieve.

Las tenencias, cuyo valor es casi exclusivamente histórico pero de suma importancia para comprender el actual significado del Derecho inmobiliario inglés, serán objeto de estudio en el presente apartado, precedidas de algunas reflexiones sobre el feudalismo en Inglaterra y en el Continente. La doctrina de las pertenencias será expuesta en el apartado siguiente, sirviendo de punto de partida a cuanto posteriormente hemos de decir sobre las bases del sistema inmobiliario inglés.

3.1.1. Feudalismo en Europa: Generalidades.

Uno de los rasgos más característico del Derecho inmobiliario inglés, y que mejor explica muchas de sus peculiaridades, es su alineación, a partir de la Conquista Normanda, con el sistema feudal predominante en el Continente.

Tras la caída del Imperio Romano y las invasiones de los bárbaros que asolaron Europa, hizo su aparición el feudalismo como sistema social orientado a la obtención de un mínimo de seguridad personal y patrimonial. El principal nexo social - que caracterizaba al feudalismo era la relación entre señor y vasallo, relación que de la parte de aquél implicaba protección y defensa y de la de éste sumisión y servicios, incluido el de las armas. Esta relación personal estaba inseparablemente unida a otra de carácter real, la tenencia de la tierra - que el señor concedía al vasallo. La tenencia que éste ostentaba no podía en modo alguno equipararse al dominio; éste, generalmente, ni siquiera pertenecía al señor inmediato del vasallo, sino al Soberano. Por otra parte, la tenencia atribuida al vasallo estaba condicionada a la prestación de los servicios personales a los que nos hemos referido y, por consiguiente, cesaba si aquéllos se interrumpían. La piedra angular del sistema era el feudo (fief) o porción de tierra que el inferior tenía y disfrutaba por concesión del superior. La voz inglesa "fief" evolucionó hasta transformarse en "fee", palabra de importancia capital en el actual léxico jurídico inglés.

La rápida expansión del feudalismo en el Continente motivó la desaparición u oscurecimiento de todas las formas anteriores de propiedad, tanto individuales como comunales. Las causas principales de tal propagación fueron, entre otras, la general anarquía de aquellos tiempos, la quiebra de un gobier

no central suficientemente fuerte para asegurar una convivencia pacífica y ordenada y la ambición de los magnates, deseosos de extender sus dominios. Importantísimo papel desempeñó la Iglesia en el ámbito de la sociedad feudal ya que llegó a ser el más poderoso señor de tierras enfeudadas.

3.1.2. Feudalismo en Inglaterra: Peculiaridades.

Los normandos, tras haberse adueñado de Inglaterra, aplicaron sus propias ideas y normas para organizar socialmente el país y acertaron a implantar en él lo que cabría denominar como variedad inglesa del feudalismo, cuyas importantes peculiaridades le distinguen en varios aspectos del sistema continental europeo.

La política seguida por Guillermo el Conquistador hizo de Inglaterra un país intensamente feudalizado. Consistió en confiscar la tierra de todos cuantos habían negado su derecho a la Corona, redistribuyéndola entre sus seguidores normandos y permitiendo a los ingleses que le reconocieron como Rey rescatar, mediante contribuciones monetarias, la tenencia de las tierras que por derecho de conquista habían pasado momentáneamente a manos del Soberano. Ahora bien, éste conservó su condición de dueño supremo de toda propiedad inmueble, de único titular del dominio absoluto sobre la misma. Cualquier propiedad inmobiliaria era detentada, directa o indirectamente, en virtud de concesión real. Correlativamente con este aspecto real, y como consecuencia del Juramento de Salísbury (Salisbury Oath) de 1086, todo hombre libre estaba obligado a rendir homenaje y jurar fidelidad directamente al Rey en lugar de a su señor inmediato, de quién había recibido directamente la tenencia de la tierra.

Así pues, toda tenencia territorial, mediata o inmediata, estaba basada en el dominio del Rey. Es este uno de los principios capitales del Derecho inmobiliario inglés cuya vigencia - subsiste. Sólo una pequeña parte de la propiedad inmobiliaria está actualmente ocupada o detentada por la Corona. El resto - pertenece a otras personas cuyo derecho deriva del dominio absoluto que el Rey (en cuanto principal representación del Estado) posee sobre todo bien inmueble.

Otra singularidad del feudalismo inglés fué la universal aplicación que se hizo de la doctrina de la tenencia de la tierra. En el Continente, la figura jurídica de la tenencia era - aplicable casi exclusivamente a quienes detentaban la tierra a cambio de servicios militares, mientras que en Inglaterra se - aplicó a todo detentador cualquiera que fuera la naturaleza de los servicios que se hubiese obligado a prestar. Como consecuencia de ésto, y del hecho de ser la tierra la principal forma de riqueza, se originó un intenso proceso de subenfeudación que provocó el advenimiento de una legión de pequeños señores situados entre los grandes barones y el inmediato detentador - del suelo. La subenfeudación era, en suma, un modo de pagar - servicios de las más variadas clases.

Parece probable que, en los primeros tiempos del feudalismo, un sujeto sólo podía ser tenedor de tierra de un señor dominante único. Ahora bién, la universalización de la doctrina de la tenencia, de la que hemos dado cuenta en el párrafo anterior, fué causa determinante de que se hiciera normal tener - tierras de más de un señor. Las respectivas relaciones personales se mantenían sin otra alteración que la de no poder realizar servicios incompatibles con la plural tenencia, pues a todos los señores dominantes se debía fidelidad. Se consideraba que cada vasallo tenía un "status" distinto con relación a ca-

da uno de los feudos de que era tenedor. En consecuencia cada "fee" o feudo formaba una "hereditas" distinta, que no podía ser sumada a las demás al morir el causante. De donde resultó la imposibilidad de que la sucesión en la "real property" fuera concebida como una sucesión universal.

La práctica viciosa y abusiva, antes dicha, de la subenfeudación fué interrumpida en 1290 por el Estatuto "Quia Emptores" que alteró el Derecho en la materia estableciendo dos disposiciones de gran importancia:

a) Todo hombre libre quedaba facultado para transmitir - todo o parte de su tierra sin el consentimiento de su señor. La transmisión parcial llevaba aneja una distribución de servicios proporcional a lo transmitido.

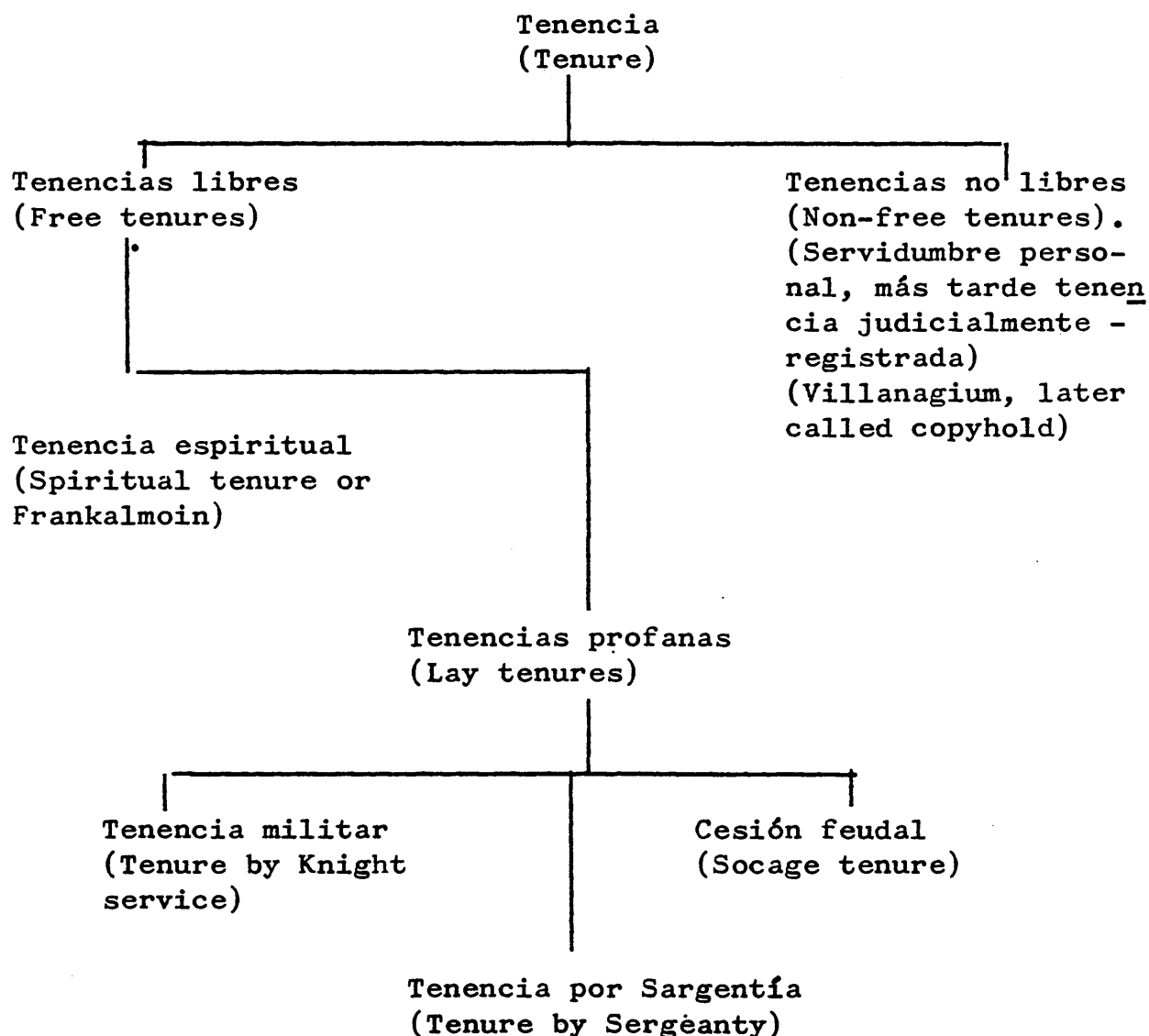
b) Todo adquirente debía detentar la tierra con sujeción al mismo señor al que previamente estaba vinculado el transmitente. Quedaba así yugulada de raíz la posibilidad de que proliferasen nuevos señores a través de la práctica de la subenfeudación, con la sola excepción de la Corona a la que no afectó tal prohibición.

"Quia Emptores" constituyó verdaderamente un hito en la historia del Derecho Inmobiliario inglés. Su principal virtud fué la de provocar la gradual desaparición de los innumerables y pequeños señores que se habían ido interponiendo entre la Corona y el detentador directo, práctica que de no haber sido interrumpida hubiera llevado el sistema feudal a un completo colapso como consecuencia del parasitismo social que entrañaba la abusiva proliferación de tales señores.

3.1.3. Formas feudales de tenencia de la tierra y su evolución hasta 1925.

Uno de los factores determinantes de la complejidad del sistema feudal inglés es la existencia de una gran variedad de formas de tenencia de la tierra. Considerando la diversidad de necesidades personales que requerían satisfacción, es obvio que los servicios que habían de prestar quienes detentaban la tierra podían variar considerablemente en naturaleza, importancia y dignidad.

El cuadro siguiente recoge las formas de tenencia comunes tal como quedaron cristalizadas durante el reinado de Eduardo I (1272-1307).



La tenencia era libre (free tenure) cuando el vasallo (vassal) que detentaba la tierra era, no obstante su condición de tal, hombre libre. Ello equivalía a que su relación con el señor tenía carácter rigurosamente bilateral con reciprocidad de derechos y obligaciones que ambas partes habían de observar estrictamente. Como era lógico, los servicios de mayor importancia y dignidad eran correlativos a las tenencias incluidos en este grupo.

La tenencia era no libre (unfree tenure) cuando quién detentaba era siervo (villein) es decir, campesino carente de libertad en sus relaciones con el señor feudal, esclavo suyo, en suma, pero libre en sus relaciones con los demás. El señor no tenía obligaciones con respecto a él excepto la de evitar que se le diera muerte o se le mutilase. Podía, no obstante, vender a sus siervos o despojarles de sus tierras a su libre arbitrio.

La tenencia espiritual (spiritual tenure or frankalmoin) era aquella en virtud de la cual un señor adoptaba provisiones para asegurar el reposo de su alma. Surgió donde las tierras eran otorgadas a Instituciones eclesiásticas, sobreentendiéndose que éstas quedaban obligadas a orar y a ofrecer misas por las almas del otorgante y de sus herederos. Esta modalidad cayó en desuso relativamente pronto y aunque no fué formalmente abolida por la Ley de Abolición de Tenencias (Tenures Abolition Act) de 1660 se daba muy raramente en la práctica. La razón de ello es que derivó rápidamente hacia otras formas de tenencia como la cesión feudal (socage).

En el subgrupo de las tenencias profanas (lay tenure) destaca como la de mayor importancia, en los tiempos más remotos

del feudalismo, la tenencia militar o la del servicio de las armas (Knight Service). Inmediatamente después de la Conquista Normanda, esta modalidad sirvió para atender las necesidades militares del país. Cada lugarteniente del Rey había de suministrarle un mínimo de hombres armados y sus cabalgaduras, que prestaban servicio durante cuarenta días al año y a los que se compensaba con la tenencia de una porción de suelo. Pronto se comprobó que este sistema de recluta era escasamente eficaz y hacia el año 1166 el Rey comenzó a sustituirlo por contribuciones económicas (scutage) que sus lugartenientes habían de aportar en proporción al número de guerreros con los que hasta entonces habían participado en la satisfacción de las necesidades militares de la Corona.

Lo que a primera vista resulta sorprendente es que esta clase de tenencia, en lugar de declinar cuando hubo cumplido su función original, continuó desarrollándose y terminó por estar sometida a normas más estrictas y onerosas que las que habían regulado su primitivo funcionamiento. La razón de tan peregrina supervivencia reside en la serie de derechos complementarios que se acumularon en torno al peculiar y propio de esta tenencia, derechos que la práctica de la subenfeudación, mientras estuvo vigente, contribuyó a propagar. Entre las prestaciones complementarias debidas al señor por razón de "Knight service" podemos enumerar la compensación monetaria (relief) pagada por el heredero del detentador fallecido para subrogarse en sus derechos; ayudas económicas (aids) en casos taxativamente establecidos como, por ejemplo, si el señor era encarcelado y había de pagar un rescate por su libertad; confiscación de la tenencia (escheat "propter delictum tenentis") cuando el vasallo cometía una felonía contra el señor; tutela (wardship) de los hijos menores de un vasallo muerto, sin obligación de rendir cuentas al final de la misma, lo que constituía el dere

cho más suculento de cuantos correspondían al señor, y por último, derecho a hacer elección matrimonial para sus pupilos - (marriage) con penas pecuniarias si era rechazada su elección o se casaban sin su consentimiento.

La tenencia por servicios personales complementarios o - Sargentia (tenure by Sergeanty) tuvo en sus comienzos una considerable importancia económica pero pronto quedó reducida a un método de detentar la tierra con realce social. Su origen estuvo en la condición de sargentos o ayudas de palacio o de campo que tenían los grandes oficiales del reino y en virtud de la cual desempeñaban servicios de la más variada índole: portar la bandera del Rey, o su lanza, guiar su Ejército, ser su mariscal de campo, llevar su espada delante de él en la ceremonia de su coronación, o ser su mayordomo, o dispensero, - trinchador, camarero mayor o uno de sus chambelanes al cuidado del Tesoro público o prestar otros servicios semejantes.

Ahora bien, la lista de servicios personales en escalones inferiores se convirtió en prácticamente ilimitada. Así, un gran o pequeño señor podía requerir de su vasallo que le - llevara sus cuentas o que portara sus cartas o que administrara sus propiedades o que le preparase su armadura o sus comidas y otros muchos servicios a cual más heterogéneos. Las más de las veces la concesión de los terrenos correlativa a tales servicios se hacía entre tanto estos se prestasen fielmente.

El tiempo puso al descubierto que esta tenencia era una desafortunada imitación de los servicios de Sargentía que recibía el Rey, aplicada, sin acierto, a la satisfacción de las múltiples necesidades que son propias de la vida cotidiana. - Por esta razón cayó en desuso, excepto en su modalidad de Sargentía real o de pequeños servicios militares prestados por -

otras personas consistentes, por ejemplo, en transportes de armas, mercancías o efectos militares. De aquí nace la distinción entre "grand sergeanty" y "petit sergeanty". La primera quedó asimilada al "Knight service" o tenencia militar y la segunda a la cesión feudal (socage).

Las tenencias de carácter militar quedaron casi radicalmente abolidas por la Ley de 1660, antes mencionada, que prácticamente eliminó todas las tenencias libres de carácter profano, excepto la cesión feudal (socage).

La cesión feudal (socage) era una modalidad de tenencia - que sirvió de cauce al nuevo aspecto que la vida económica del país fué gradualmente asumiendo. Se distinguía por su carácter esencialmente no militar y por ello libre de las cargas militares. Inicialmente no cabía definirla en términos positivos; sólo era posible describirla como diferente de las otras modalidades, tanto libres como no libres.

En sus comienzos los servicios prestados por los vasallos variaban considerablemente: podían estar obligados a pagar - una renta en dinero o en especie o bien su obligación consistía en prestar servicios agrícolas. Más tarde, evolució favorablemente en consideración social y se convirtió en la forma más generalizada de tenencia de la tierra.

A lo largo de su evolución resultó práctica usual cambiar los servicios, cualquiera que hubieran sido, por prestaciones monetarias que cuando quedaron establecidas representaron una renta real sobre el valor del terreno pero con el paso del tiempo, y al quedar congeladas, perdieron completamente su significado económico hasta el punto de no valer la pena su co-- branza. Por esta razón, y a pesar de no estar formalmente abolid esta modalidad de tenencia, es prácticamente imposible -

probar su existencia en nuestros días ya que el pago de la renta dejó de hacerse desde tiempo inmemorial. De otra parte, al quedar abolida en 1926 la doctrina de la reversión de los bienes al señor en caso de muerte intestada y sin herederos del -detentador -derecho que ha pasado a la Corona como representación del Estado- puede considerarse prácticamente extinguida -esta modalidad de tenencia.

Como resumen de su significado histórico hay que subrayar en ella su carácter de forma residual de tenencia cuya característica primordial consistió en que los servicios a que se obligaba el vasallo eran absolutamente ciertos y fijos adoptando, en la gran mayoría de los casos, la forma de prestaciones monetarias.

La tenencia judicialmente registrada (copyhold tenure), - denominación moderna de la antigua servidumbre (old villeinage), es el prototipo de tenencia no libre (unfree tenure), uno de los dos grandes grupos en que se clasifican las modalidades ordinarias de tenencia.

En este sistema de tenencia de la tierra tuvieron refugio costumbres de origen mucho más remoto que el feudalismo, especialmente el sistema denominado de "cultivo abierto" (open field system), propio de labradores agrupados en pueblos o aldeas libres que eran propietarios colectivos de las tierras que cultivaban; ahora bien, la Conquista y la subsiguiente implantación del feudalismo, aunque respetaron tales costumbres, las fueron integrando gradualmente en sus propios esquemas a través de la aparición de la figura del señor feudal de aquellas comunidades anteriormente libres y su organización en poblaciones o señoríos feudales (manors), todo ello a través de una evolución muy lenta, a veces imperceptible.

El "manor", unidad básica en la organización feudal y territorial inglesa se componía de los siguientes elementos:

- a) la tierra perteneciente al señor, denominada su heredad (demesne).
- b) la tierra detentada en tenencia libre en alguna de las modalidades ya estudiadas.
- c) la tierra detentada por los siervos del señor feudal.
- d) derechos jurisdiccionales ejercitables por el señor feudal a través de Tribunales distintos según se tratase de hombres libres (Court Baron) o siervos (Court Customary).
- e) terrenos baldíos en los que los diversos detentadores estaban autorizados a pastorear con sus ganados.

En un principio, los siervos, como compensación a la tenencia territorial que se les otorgaba, estaban obligados a cultivar la heredad del señor produciendo cantidad suficiente de alimentos para su sustento (farm system) durante un periodo de tiempo determinado (una semana o una quincena, por ejemplo). - En el siglo XIII, la obligación del siervo se transformó en la de cultivar por sí mismos la heredad del señor (labour service system), con la particularidad -que constituye la principal característica que diferencia esta modalidad de la cesión feudal (socage)- de que los servicios agrícolas que había de prestar el siervo eran de naturaleza incierta y variables a voluntad - del señor, que podía cambiarlos de un día para otro. La inferior condición de los siervos en cuanto detentadores se traducía también en que, a diferencia de los hombres libres, les estaba vedado el acceso a los Tribunales del Rey, por lo que si eran arbitrariamente despojados de sus tierras por el señor carecían de todo derecho a ser restituidos en su tenencia o a ser indemnizados. Podían, no obstante, buscar el amparo de los ./.

Tribunales señoriales como solución a los conflictos que tuvieran con terceras personas.

Más adelante, en los siglos XIV y XV, la obligación que incumbía a los siervos de cultivar por sí mismos la tierra del señor (labour service system) dió paso a un sistema de pagos - en metálico (money payment system), lo que permitía al señor - cultivar su heredad con trabajadores contratados. Esta mutación benefició a los detentadores (al igual que ocurrió en el caso de la tenencia en forma de "socage") porque las rentas quedaron bloqueadas a pesar de la gradual devaluación de los valores monetarios. Con ocasión de este cambio se modificó la nomenclatura dejando de llamarse servidumbre personal (villeinage) y comenzando a utilizarse la expresión de tenencia judicialmente registrada (copyhold tenure). Esta variación significó - algo más que una mutación de léxico. Fue la expresión de un giro importante en la evolución histórica de la institución: desapareció toda traza de servidumbre personal, la voluntad del - señor como norma reguladora quedó configurada con arreglo a - costumbres locales y quedó abierta la vía de los Tribunales - del Rey. A pesar de ello, el señor siguió manteniendo su Tribunal en cuyos archivos se registraban todas las transacciones - referentes a las tierras en que ejercía su señorío, ya que el detentador podía transmitir sus derechos a un tercero; éste, - podía obtener una copia del archivo del Tribunal en que constaba su adquisición. De esta hecho deriva la nueva nomenclatura de la institución, ya que el adquirente (copyholder) detentaba en virtud de una copia de los archivos del Tribunal (by copy - of court roll). En lo esencial, esta evolución culminó en una asimilación entre esta modalidad de tenencia y la cesión feudal (socage), aunque no en su completa identificación ya que - la tenencia judicialmente registrada carecía de normativa general y se regía por costumbres locales. A veces, en la práctica,

llegaron a confundirse lo que complicaba grandemente la importante labor de investigación precontractual (conveyancing) - que es tan necesaria y peculiar del Derecho inglés.

Además de las tenencias comunes a todo el territorio dominado por la Corona existían otras de ámbito geográfico más reducido que podríamos denominar tenencias forales. Citemos - dos a título de ejemplo:

- a) Igualdad hereditaria (gavelkind), modalidad de cesión feudal (socage) peculiar del condado de Kent cuya característica más notable era la distribución por partes iguales entre los hijos del causante en caso de sucesión intestada; y
- b) "Minorazgo" o preferencia del hijo menor (Borough-English), costumbre sucesoria que estuvo vigente en ciertas partes del país y en cuya virtud la tierra la heredaba el hijo más joven del causante con total exclusión de los demás.

Las Leyes de Propiedad de 1922 y 1925 convirtieron la tenencia judicialmente registrada (copyhold tenure) en cesión feudal (socage) y abolieron las restantes modalidades de tenencia. Respecto a la actual subsistencia de la cesión feudal ya hemos dado algunas precisiones al hablar de ella. Por consiguiente, y a pesar del importante papel jugado por la institución de las tenencias en el Derecho inglés, podemos considerarla hoy en día como una concepción de interés principalmente académico.

3.2. La doctrina de las pertenencias (estates).

La doctrina de las pertenencias, tan difícil de sistema-

tizar y de reducir a términos abstractos como la de las tenencias, la expondremos relacionada con la noción de "posesión - inglesa de inmuebles" (seisin), con la que está íntimamente - vinculada, y resaltando sus aspectos prácticos que son los - únicos a través de los cuales podemos tener idea clara de los varios conceptos que la integran.

3.2.1. Nociones básicas sobre pertenencia (estate) y posesión inmobiliaria (seisin).

El concepto de tenencia (tenure) expresa, según hemos visto, la relación existente entre señor y vasallo o detentador de la tierra. Ni a uno ni a otro les cuadraba plenamente la - denominación de dueños de ella; sin embargo, el detentador - era, posiblemente, acreedor a ella en mayor medida, si bien - se alzaba como obstáculo a su condición de dueño el hecho de que su tenencia era recuperable por el señor si él no cumplía fielmente sus prestaciones (lo que limitaba sus facultades dominicales) siendo, además, esta recuperación la única posibilidad de que aquél mantuviese relación directa con la tierra enfeudada. Téngase presente que, por añadidura, todo derecho de contenido inmobiliario estaba basado en el dominio pleno - de la Corona, lo que, como ya sabemos, constituye un principio característico del Derecho inglés.

El Derecho inglés, en ningún momento, ha aplicado la concepción romanísta del dominio absoluto a los bienes inmuebles. Tampoco la posesión en su acepción romanísta -contraposición y complemento del dominio- es institución que tenga significado propio en el ámbito del Derecho inmobiliario inglés. En - abierto contraste con estas concepciones, propias de los sistemas inspirados en la tradición jurídica romanísta, el Derecho inglés, al analizar la relación jurídica inmobiliaria establecida entre el detentador de la tierra y los terceros, -

centra su atención en lo que cabría denominar, en forma descriptiva por carencia de voz equivalente en nuestro léxico - jurídico, "posesión feudal de inmuebles" (seisin). Cualquier título sobre bienes inmuebles está, en definitiva, basado en la posesión en el sentido de que el título de quién posee - prevalece contra quienes no pueden demostrar un mejor derecho a esa posesión. Esta se constituye así en la expresión fáctica del título, se perfila como el disfrute del inmueble basado en el título, esencialmente no distinguible del derecho - cuyo ejercicio representa. En otras palabras, la tajante distinción entre dominio y posesión, acuñada por el Derecho romano, está ausente del Derecho inmobiliario inglés. Ni "seisin" es equivalente a posesión ni el título o derecho se corresponde con el dominio. Ambas instituciones romanistas (dominio y posesión) están reunidas, a efectos prácticos, en la "posesión feudal de inmuebles" (seisin) y es esencial en la concepción de ésta que algunas de sus formas (seisins) puedan ser mejores, puedan estar dotadas de mayor virtualidad - jurídica que otras por razón del título del que emanan.

Mayor claridad en el entendimiento de estos conceptos, cuya comprensión abstracta nos resulta difícil a los juristas de formación romanista, podemos alcanzarla examinando, - aunque sea brevemente, algunos temas en los que se aprecian claramente sus repercusiones prácticas: los remedios existentes para la recuperación de los derechos inmobiliarios, la - posición jurídica del detentador que es indebidamente desposeído de su derecho inmobiliario y la contratación de inmuebles, particularmente en lo concerniente a sus prolegómenos (conveyancing).

Lo único que un demandante necesita, a fin de recuperar la posesión inmediata de un inmueble a través de una acción

real, es acreditar que su derecho a la misma es superior al - del demandado, nunca que es titular de un derecho más fuerte que el de cualquier otra persona que no sea aquél contra - quien litiga. En suma, que su posesión inmobiliaria (seisiñ) . merece protección jurídica preferente a la de su contrincante.

De otra parte, mientras que la persona que ostenta la posesión inmobiliaria tiene todos los derechos del dueño o titular del derecho real de que se trate, aquél que ha sido desposeido de la propiedad inmueble está facultado para recuperar la posesión perdida mediante la pertinente acción judicial, - pero mientras no ejercite ésta no tiene ninguna de las facultades del dueño o titular del correspondiente derecho real - puesto que las mismas ven inseparablemente unidas a la pose-sión inmobiliaria.

Por último, en la práctica seguida por los juristas especializados (conveyancers) en la investigación precontractual en materia de derechos reales, la prueba que la parte vendedora ha de dar a la parte compradora no es solamente la de que es titular del derecho que desa transmitir, sino también la - de que la posesión del inmueble no está afectada por reclama-ciones de terceros y que la mantiene por un tiempo razonablemente suficiente para excluir la posibilidad de las mismas. - En modo alguno precisa acreditar que ostenta un título válido frente a todo el mundo ya que, en D^o inglés, a diferencia de lo establecido en D^a romano y en la amplia familia de sistemas jurídicos que en él se han inspirado, no existe la usuca-pión aunque puedan alcanzarse sus resultados prácticos por - otros caminos (v. 3.1.4.4.), parte III, capítulo III y 3. parte IV, capítulo III).

Queda, pues, suficientemente explicado que los inmuebles no pueden ser objeto de dominio, pero esta conclusión negativa no resuelve el problema de la naturaleza del derecho que ostenta la persona poseedora de aquéllos. A esta cuestión el D^o inglés ha respondido con la creación de una figura o ente abstracto que se interpone entre el poseedor-detentador y la tierra y que constituye el objeto del derecho de aquél y, por traslación, el derecho mismo. Esta figura jurídica recibe en D^o inglés la denominación de "estate" de la que no hay equivalente, ni siquiera aproximado, en nuestro léxico jurídico. Quizá la traducción más aproximada sería la de pertenencia, -cuya acepción gramatical -y jurídica- es la de acción o derecho que uno tiene a la propiedad de una cosa. En términos de Derecho inglés puede ser definida como el derecho de poseer, disfrutar y disponer de un inmueble con sujeción a las limitaciones de tiempo y contenido que hubiesen sido establecidas. La doctrina de la pertenencia no está circunscrita a los casos de posesión inmediata de inmuebles, abarcando también los supuestos de posesión cierta pero futura, de la que tendremos ocasión de estudiar importantes ejemplos más adelante.

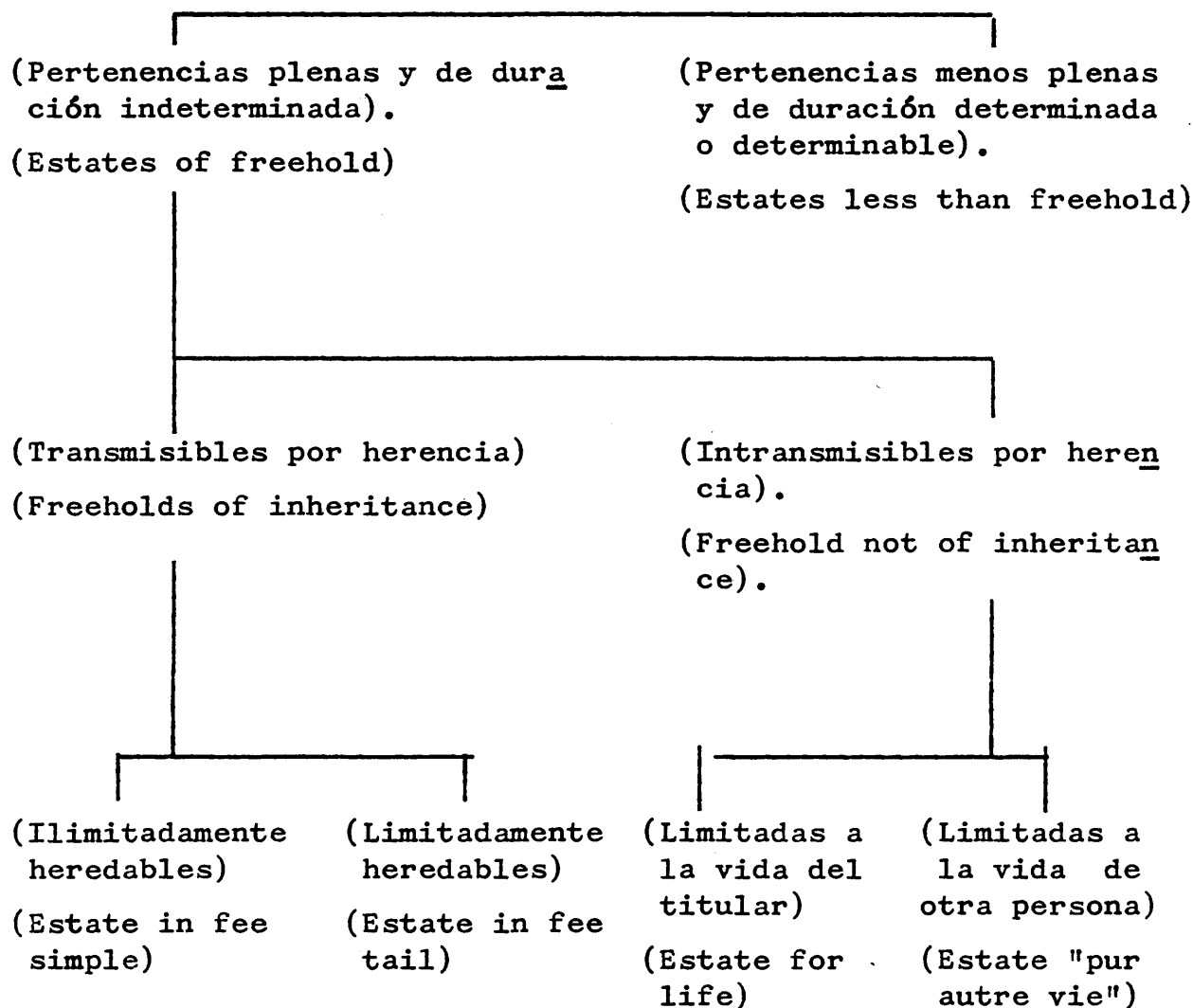
Dos aspectos de singular relieve fueron perfilándose a medida que el Derecho común fue desarrollando esta doctrina.

Primeramente, las pertenencias se clasifican según su duración temporal y contenido, como veremos enseguida con mayor detalle.

En segundo lugar, varias personas pueden simultáneamente ostentar distintas e independientes pertenencias sobre un mismo inmueble. También volveremos sobre este aspecto.

3.2.2. Clasificación de las pertenencias.

Atendiendo principalmente a su duración y a su contenido se clasifican de la siguiente manera:



En primer término, las pertenencias se clasifican en plenas y de duración indeterminada (estates of freehold) y menos plenas y de duración determinada o determinable (estates less than freehold). Históricamente, y también en la actualidad, - la pertenencia es plena cuando su duración es indeterminada, y menos plena cuando está sujeta a término preciso o precisable.

3.2.3. Pertenencias plenas y de duración indeterminada.

El subgrupo de las pertenencias plenas y de duración in determinada se clasifica a su vez en transmisibles e intransmisibles por herencia. La heredabilidad de las pertenencias transmisibles "mortis causa" es una cualidad jurídica que trasciende únicamente al ámbito de la sucesión forzosa.

En el primero de estos subgrupos se incluyen la pertenencia ilimitadamente heredable (estate in fee simple) y la limitadamente heredable (estate in fee tail) y en el segundo la pertenencia de duración limitada a la vida del titular (estate for life) o a la de tercera persona (estate pur autre vie) o, simplemente, pertenencia de por vida del titular o de por vida de tercera persona.

El "fee simple" es la pertenencia de más larga duración. La voz "fee" expresa su heredabilidad y la palabra "simple" indica que es heredable por la generalidad de los herederos del titular, descendientes, ascendientes y colaterales. Originalmente, esta modalidad de pertenencia se prolongaba a lo largo de la existencia de su titular y de sus sucesivos herederos, entre los que no se incluían los ascendientes hasta que fué promulgada la Ley Sucesoria (Inheritance Act) de 1833. Así, en sus comienzos, esta pertenencia podía extinguirse si el titular moría sin descendientes o colaterales consanguíneos (hermanos o primos, por ejemplo) aún cuando su fallecimiento se produjese después de haber transmitido "inter vivos" su derecho a otra persona que le sobrevivía. Ahora bien, hacía 1306 se dispuso que, supuesta esta transmisión "inter vivos", el fallecimiento del transmitente no perjudicaba la titularidad del adquirente a pesar de la inexisten-

cia de herederos de aquél. De este modo la pertenencia plena ilimitadamente heredable adquirió carácter virtualmente perpétuo.

La pertenencia plena limitadamente heredable (fee tail) condensaba su condición de tal en la clásica fórmula de su creación, en cuya virtud quedaba constituida en favor del titular y de los "herederos de su cuerpo" (heirs of his body), es decir, únicamente sus descendientes, fórmula que, como es natural, excluye a los colaterales y ascendientes. Por consiguiente, la falta de aquéllos implicaba la extinción de esta modalidad de pertenencia. Con valor de sinónimos se usan en Derecho inglés otras expresiones para designarla. Son éstas: "estate tail", "entail" y "entailed interest". Aún cuando son intercambiables, "fee tail" es la expresión más correcta para una pertenencia legal y "entailed interest" para la equitativa, conceptos diversos a los que nos referiremos en este mismo capítulo.

En la rúbrica genérica de pertenencias vitalicias ("life estates", que también tiene una acepción amplia en el léxico inglés) se incluyen aquellas cuya duración está limitada a la vida de una persona, sea la del titular ("life estate", propiamente dicho) sea la de un tercero ("pur autre vie").

El segundo de los aspectos que, con singular relieve, define la naturaleza de las pertenencias plenas es, según ya quedó apuntado, la posibilidad de que varias de ellas se ostenten simultáneamente por diferentes personas sobre un mismo inmueble, es decir su concurrencia simultánea sobre un de

terminado predio. La pertenencia ilimitadamente heredable es tá considerada en el Derecho inglés como una figura jurídica en la que otras y simultáneas pertenencias pueden ser esculpidas. El objeto del disfrute es compartible (apportionable) entre varias personas titulares de diversas pertenencias. A modo de ejemplo supongamos que el titular de una pertenencia ilimitadamente heredable desea que A disfrute vitaliciamente (estate for life) del inmueble y que a su muerte el disfrute pase a B durante la vida de un tercero (C) (estate "pur autre vie") y que al fallecimiento de éste sea conferido a D en la plenitud de facultades inicial e inherente a las pertenencias ilimitadamente heredables.

El Derecho inglés, sustituyendo la concepción romanista del dominio sobre bienes inmuebles por la de las pertenencias y estableciendo la dimensión de éstas de acuerdo con su duración, ha llegado al resultado de que toda pertenencia puede existir en un determinado momento presente, cualquiera que sea su duración, y tanto si la posesión inherente a ella (seisin) es viable en dicho momento o sólo en el futuro.

Dos son las consecuencias que se derivan de este principio general. De una parte, todas las pertenencias plenas cuya clasificación hemos establecido anteriormente son de idéntica naturaleza. No hay diferencias cualitativas entre ellas sino solamente cuantitativa. Los sistemas de protección y disposición son comunes a todas ellas. De la otra, una pertenencia plena puede ser objeto de una titularidad presente - aún cuando la facultad del titular a poseer (seise) haya de posponerse a un momento futuro. Ciertamente, en base a la facultad de disponer de su derecho, presente o futuro, que a todos ellos asiste, pueden permutarlo por dinero, lo que les hace inmediatamente ejercitables.

En conclusión, puede afirmarse que la doctrina de la pertenencia ha dado al Derecho inmobiliario inglés una elasticidad que no puede encontrarse en países fuera del área del "Common Law". Un ejemplo de singular relieve lo hallamos en la propiedad vinculada (settlements), institución jurídica que se ideó para proporcionar a una sucesión de personas, singularmente los miembros presentes y futuros de una familia, el apoyo económico que supone la seguridad de un patrimonio inmobiliario cuya titularidad quedaba afectada al grupo. La creación de esta figura jurídica vino a satisfacer una aspiración muy arraigada y generalizada en el sentir popular, que deseaba vincular los bienes inmuebles, única fuente de riqueza estable en aquellos tiempos, a los grupos familiares, a fin de asegurar su poderío y supervivencia. Más adelante nos detendremos en el estudio de esta institución; bástenos por el momento con tener noticia de su existencia y de la posibilidad de que la propiedad así vinculada se perpetue largamente.

3.2.4. Pertenencias menos plenas y de duración cierta (esta - tes less than freehold or leaseholds).

Este derecho, de duración generalmente referida a un número determinado de años, o, en todo caso, susceptible de determinación en forma cierta desde un principio, (por ejemplo, de año en año prorrogable tácitamente a voluntad del cedente) surge cuando un inmueble es transferido a una persona en arrendamiento de carácter real. Su naturaleza excluye la posibilidad de una duración incierta, y, aún cuando el periodo de su existencia puede a veces ser extraordinariamente dilatado (por ejemplo, 999 años) no es equiparable a una pertenencia plena y, por consiguiente, su consideración legal es la de un derecho de menos entidad que una pertenencia plena aunque sea de por vida (estate for life).

A fin de evitar repeticiones inútiles damos aquí por re producido cuanto se dijo en el apartado 2 del Capítulo I, re referente a la distinción entre Propiedad Personal y Propiedad Real, en el que quedó expuesta la anomalía jurídica que supo ne que la pertenencia menos plena (leasehold interest) caré ciera, originariamente, de la consideración legal de propie dad real.

A primera vista, la negativa del Derecho a catalogar es ta clase de pertenencia como propiedad real es chocante. Las causas de este distinto tratamiento, las razones por las que quedó al márgen de la doctrina feudal y de la protección brin dada por las acciones reales, no fueron otras, con toda pro babilidad, que consideraciones económicas.

En una época en que las inversiones, en el sentido mo - derno de la palabra, eran totalmente desconocidas, uno de los escasos procedimientos a través de los cuales una persona po día incrementar sus rentas consistía en tomar tierras en - arrendamiento (lease) y obtener los frutos de la tierra en - concepto de intereses del dinero invertido. Además, un méto - do usual de garantizar préstamos consistía en que el deudor, a cambio de una renta puramente nominal, arrendaba tierras - al acreedor lo que permitía a este último obtener beneficios muy elevados, con frecuencia usurarios, eludiendo, por est a via indirecta, quedar incursos en las normas represivas de - la usura. El fenómeno social que desencadenó la generaliza - ción de esta modalidad contractual fué la rápida acumulación de capital, durante los siglos XIV y XV, en manos de los co - merciantes. Los capitalistas, tal como ya hemos apuntado, - prestaban dinero a los propietarios territoriales a cambio - de entrar en posesión de la tierra por un plazo determina do pero bastante amplio para permitir la recuperación del capi -

tal junto con el beneficio calculado. El "leasehold", bajo la apariencia de un arrendamiento de uso y disfrute, cumplía la función económica y jurídica de una anticresis.

Ahora bien, estas y otras modalidades de inversión, a las que servía de instrumento jurídico la institución que estamos comentando, daban a ésta un tinte muy distinto al de las pertenencias plenas, impidiendo su inclusión en el grupo de estas y forzando a darles un tratamiento jurídico acorde con las finalidades económicas que con ella se perseguían. Era, probablemente, una norma acertada el que, en determinadas circunstancias, ciertas pertenencias inmobiliarias habían de recaer inevitablemente en los herederos de su titular, pero el sistema hubiera adolecido de un rigorismo excesivo si a aquél que hubiese invertido su dinero en un arrendamiento por tiempo determinado se viese privado de la posibilidad de legar su derecho, sin sujeción a normas de sucesión forzosa, por razón de haber "convertido" su dinero en fincas. La inversión económica realizada habría tenido un efecto indirecto, no deseado, claramente desventajoso -la inmovilización, a efectos sucesorios, del capital invertido- que habría provocado el colapso del arrendamiento real como fórmula inversora.

Es ésta la razón histórica -y ya sabemos hasta qué punto los ingleses son respetuosos con su historia y con sus tradiciones- de la anómala exclusión de esta modalidad de pertenencia menos plena del ámbito de la propiedad real y su asimilación, igualmente forzada, a la propiedad personal (chattels) lo que ha obligado a distinguir dentro de esta entre "chattels real" y "chattels personal" que como ya dijimos en su lugar - (v. cap. I, apartado 2) son expresiones que pueden ser traducidas por propiedad personal-real y propiedad puramente personal.

A pesar de que los términos de esta clasificación se man tienen inalterados, la tendencia histórica posterior a su ori gen ha sido la de asimilar el régimen jurídico de la propie — dad personal-real al de la propiedad real o inmobiliaria, in — clinación que experimentó un impulso decisivo en virtud de la reforma legislativa de 1925, hasta el punto de que puede ha — blarse de la existencia presente de un sistema normativo sus — tancialmente común y uniforme para ambas modalidades de pro — piedad.

4. MODIFICACION DEL SISTEMA INMOBILIARIO DEL DERECHO COMUN POR LA EQUIDAD.

- o - o - o -

* Comenzamos ahora el estudio de las instituciones y - normas equitativas en materia inmobiliaria. En este terre - no apenas caben las comparaciones, incluso las de carác - ter general, con nuestro Ordenamiento jurídico, en el que el Derecho inmobiliario, en los respectivos territorios - peninsulares goza, desde sus orígenes, de mayor unidad de fuentes y de jurisdicción, que se acentúan a partir del - momento en que la unidad nacional y la Monarquía obtiene la reintegración de funciones jurisdiccionales cuya dis - gregación había propiciado la misma realeza, durante el - periodo en que estuvo en auge el sistema feudal.

La rigidez e inflexibilidad estructural de las insti - tuciones inmobiliarias del Derecho común, motivada, en - gran parte, por el carácter de piedra angular de la pose - sión feudal de inmuebles (seisin) y el agobio producido - por las opresoras cargas feudales a quienes detentaban la tierra, actuaron como causas desencadenantes de una vasta y prolongada operación de reforma del sistema inmobilia - rio inglés que fué protagonizada por la jurisdicción de - la Equidad.

Las peculiares estructuras inmobiliarias del Derecho común generaban muy graves inconvenientes prácticos: obli - gada publicidad y solemnidad de la contratación inmobilia - ria, para evitar cualquier laguna en la certeza de la po - sesión; constitución de derechos estrictamente limitada -

./.

al cuadro de pertenencias reconocidas, lo que equivalía a imponer de "facto" un estricto sistema de "numerus clausus"; e indisponibilidad testamentaria de las pertenencias plenas.

Con miras a soslayar este cúmulo de consecuencias adversas, comenzó a ser práctica común una modalidad contractual que pronto se denominaría cesión fiduciaria de inmuebles (use of lands). Era, en esencia, una transmisión de la titularidad de la tierra que formalmente en nada se apartaba de los contratos de Derecho común pero que, merced a un elemento de fiducia que las partes le superponían, alterando su finalidad, provocaba una adquisición a nombre del cesionario pero en beneficio del transmitente y de sus herederos. Es decir, externa y formalmente el dominio pasaba a manos del adquirente pero interna y materialmente permanecía en las del transmitente.

En el ámbito del Derecho común la transmisión era irreversible por lo que si el adquirente era infiel al compromiso contraído, apropiándose las rentas y frutos del inmueble e incumpliendo las directrices del cedente, en cuanto a la retransmisión de la pertenencia a determinada persona, se carecía de protección jurídica frente al desafuero. Esta laguna jurídica fué llenada por el Canciller que, sin interferir la jurisdicción de los Tribunales de Derecho común y evitando, por consiguiente, toda acción relativa a la titularidad de los inmuebles cedidos, concedía acción personal, en base a su propia jurisdicción de Equidad, contra el cesionario infiel al compromiso moral contraído con el cedente. El remedio consistía en coaccionar al cesionario incluso bajo amenaza de encarcelamiento, para que reanudase el cumplimiento del contra

to fiduciario o retrocediese las fincas objeto del mismo.

Creóse, de este modo, un sistema de pertenencias - que funcionaron paralelamente a las ya existentes. A estas se las denominó legales (legal estates) y a las nuevas, por razón de la jurisdicción que las amparaba, equitativas (equitable estates). Con encomiable prudencia y sentido común, el Canciller se abstuvo de elaborar una - normativa específica y completa para las pertenencias cuya obligatoriedad jurídica quedó respaldada por su jurisdicción. Ello, además de haber constituido una oficiosidad innecesaria en el desempeño de su delicada labor, jurisdiccional, habría llevado las relaciones inmobilia -- rias a un grado excesivo e innecesario de complejidad, - colapsando el sistema, en su conjunto, y poniéndolo al - borde del caos. El Tribunal de la Cancillería se ciñó en la regulación de las pertenencias equitativas, a las líneas maestras del Derecho común salvo cuando juzgó necesario desconocerlas para atender las legítimas aspiraciones que no tenían cabida en él.

Los intereses a los que, genéricamente, daba satisfacción el sistema de pertenencias equitativas pueden - sintetizarse de este modo: disponibilidad testamentaria de los derechos sobre la tierra; agilización de la contratación inmobiliaria; expansión de la vinculación familiar de la propiedad; protección contra la confiscación real, como sanción por delitos políticos, y la reversión señorial, en caso de que el titular de la pertenencia falleciese sin herederos; y neutralización de las cargas - feudales exigibles al fallecimiento del vasallo a través de la titularidad en mano común y el mecanismo, propio de Derecho inglés, de acrecimiento de cuotas en caso de fallecimiento de un cotitular.

Estaba tan sólidamente construido el edificio de las pertenencias equitativas y era tan firme la voluntad del pueblo inglés de seguir habitándolo resguardándose en él contra las inclemencias del Derecho común, que el ataque frontal que Enrique VIII dirigió con la promulgación del Estatuto de la Cesión Fiduciaria, en 1535, sirvió únicamente, tras algunas vicisitudes de signo adverso, para consolidar la práctica de la cesión fiduciaria, que resurgió pujante y modernizada en forma de fideicomiso "inter vivos" (trust), ensanchándose, al mismo tiempo, de forma espectacular su ámbito de aplicación. Así, la cesión fiduciaria podía contratarse tan solo cuando el cedente era titular de una pertinencia ilimitadamente heredable (estate in fee simple) mientras que el fideicomiso podían constituirlo también quienes eran titulares de pertenencias limitadamente heredables (estate in fee tail) e incluso de las intransmisibles por herencia. Además, las cesiones tenían como único objeto la propiedad real mientras que los fideicomisos, merced a su gran aceptación, fué posible constituirlos con cualquier tipo de propiedad, sirviendo también a la satisfacción de necesidades paralelas, como la de dar oportunidad a determinadas asociaciones sin personalidad jurídica (unincorporated associations) y ciertos clubs y sindicatos (trade unions) de servirse de las fincas necesarias para la consecución de sus fines, constituyendo fiduciarios de aquellas a algunos de sus miembros.

Consagrada definitivamente la existencia de las pertenencias equitativas, que en los fideicomisos tenían su origen principal pero no único, planteoso la necesidad de distinguir ambas clases de pertenencias -legales y equitativas- según su respectiva eficacia jurídica, especialmen

te en el supuesto de concurrencia simultánea de dos de -
 ellas de distinta naturaleza, sobre un mismo inmueble. -
 Consideración hecha de sus respectivos orígenes, las per -
 tenencias legales fueron configuradas como derecho "in -
rem" y las equitativas como derecho "in personam", es de
 cir, las primeras estaban dotadas de eficacia universal
 mientras que las segundas atribufan facultades de las -
 que únicamente podía hacerse uso contra un número limita
 do de personas.

De este modo, el centro de gravedad del problema se
 trasladó a la necesidad de concretar el círculo de perso
 nas que gozaban de inmunidad frente a las pertenencias -
 equitativas. A través de un dilatado y laborioso proceso
 histórico, el círculo fué progresivamente estrechándose,
 lo que entrañó el gradual fortalecimiento de las perte -
 nencias equitativas, hasta quedar exclusivamente habita
 do por el adquirente de buena fe y a título oneroso de -
 la pertenencia legal gravada con la equitativa. La trans
 misión de la pertenencia legal llevada a efecto en estas
 condiciones producía efectos irreparables para la perte
 nencia equitativa sobre el mismo inmueble.

Quedaba en pie, finalmente, la necesidad de preci
 sar cuando la buena fé estaba presente o ausente en -
 quien adquiría la pertenencia legal gravada con una per
 tenencia equitativa. La respuesta era fácil de dar cuan
 do el comprador tenía, antes de llevar a efecto su adqui
 sición, conocimiento expreso o subjetivo (actual notice)
 de la existencia del fideicomiso. Pero también podía ver
 se privado del beneficio de la buena fe cuando, debido a
 su comportamiento precontractual, era acreedor a la apli
 cación de la teoría del conocimiento supuesto u objetivo

(constructive notice). Esto ocurría, principalmente, cuando el adquirente omitía la investigación del título de propiedad del transmitente, que éste había de ponerle de manifiesto a través de lo que se ha llamado historia o sumario del título (abstract of title), que es un resumen de los contratos y hechos (nacimientos, muertes, matrimonios) relativos al inmueble y correspondientes a un periodo de tiempo determinado, exámen que había de completar con el de los documentos que la respaldaban y con la inspección personal del inmueble.

La suma facilidad con que el adquirente de la pertenencia legal podía verse privado del beneficio de la buena fe, si no realizaba una investigación completa y rigurosa, hicieron de ésta una función precontractual (conveyancing) singularmente técnica, compleja y de extraordinaria importancia, que era preciso encomendar a juristas especializados para preservarse de posibles consecuencias adversas, desconocidas en el momento de adquirir la pertenencia legal.

El esquema de protección legal que, con independencia y anterioridad a todo sistema registral inmobiliario, brinda el Derecho inglés al tercer adquirente de una pertenencia legal gravada con otra equitativa, guarda profunda semejanza estructural con el arbitrado por el art. 34 de nuestra Ley Hipotecaria para proteger al tercero que adquiere algún derecho inmobiliario bajo la fé pública del Registro. El tercero hipotecario que, al amparo de dicho precepto, adquiera de buena fe y a título oneroso es mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. "Servata distantia", la semejanza de los mecanis-

mos jurídicos habilitados en uno y otro caso es muy notable, lo que de algún modo refuerza la teoría de la identidad fundamental del Derecho a la hora de hallar soluciones prácticas a problemas semejantes.

Conviene, no obstante, subrayar que estamos refiriéndonos tan solo a una similitud de rasgos generales sin que, en modo alguno, pueda sostenerse que existe una verdadera analogía entre ambos sistemas de protección al tercero. A título de ejemplo, basta, para apreciar las diferencias, con una comparación minuciosa de la buena fe en cuanto requisito común. La que, según nuestra legislación hipotecaria, ha de concurrir en la adquisición del tercer adquirente es, en todo caso, un requisito subjetivo, sin que quepa neutralizarla, como en Derecho inglés, mediante el conocimiento objetivo, ya que, para nuestro legislador, la buena fe equivale al desconocimiento, por parte del tercer adquirente, de la existencia de una posible inexactitud registral (ROCA SASTRE, Derecho Hipotecario, pág. 687 y sgs. Barcelona, 1968).

En síntesis, y como remate a estos comentarios sobre el significado y valor de la pertenencia equitativa, hay que decir que no es tan segura como la legal. Su titular puede, sin ninguna falta o negligencia de su parte, ver pospuesto su derecho al de un tercer adquirente de la pertenencia legal sobre el mismo inmueble, a pesar de lo cual, y dado lo útil que resulta su uso, en base a su extrema adaptabilidad a las más diversas aspiraciones, ha llegado, sin grandes alteraciones, hasta nuestros días. *

La visión panorámica del Derecho inmobiliario inglés -des de sus orígenes hasta nuestros días- que con este capítulo pretendemos trazar, nos obliga a partir de la Equidad como sistema de normas que, por vía jurisprudencial especial, se creó al margen del Derecho común, coexistiendo con él. La Equidad suavizó y modificó los principios feudales peculiares del Derecho común en materia inmobiliaria mediante la creación de instituciones que, como la cesión fiduciaria (use) y el fideicomiso - "inter vivos" (trust), son de las más relevantes del Derecho inglés. En estos conceptos tienen su principal apoyo la distinción entre las pertenencias legales y las equitativas (legal and equitable estates) que es básica dentro del sistema moderno de contratación de inmuebles (conveyancing).

4.1. Inconvenientes del sistema de tenencias y pertenencias del Derecho común.

Eran muchas, en el ámbito del Derecho común, las dificultades y cargas que agobiaban a quienes detentaban la tierra. Se debían, en gran parte, al carácter de piedra angular atribuido a la posesión de inmuebles o posesión feudal (seisin). El sistema producía, en su conjunto, una penosa impresión de inmadurez al comparar los derechos que, teóricamente, podían crearse sobre bienes inmuebles y las trabas y rémoras a que estaba sujeto el tráfico jurídico de los mismos.

A través de dos principios se patentiza la importancia de la posesión inmobiliaria (seisin) como pieza principal del engranaje:

a) los servicios feudales, que constituían la contrapartida de la tenencia, eran exigibles por el señor únicamente de quien ostentaba la posesión y sólo contra éste podía ejercitarse una acción para, eventualmente, recuperar la finca quién hubiera sido indebidamente desposeído de ella;

b) era necesario que hubiera siempre una persona en condiciones de defender la posesión de pretensiones adversas y - de preservarla en favor de eventuales herederos.

Consiguientemente, el desconocimiento general de quién - era el poseedor de la tierra llevaba aparejada la pérdida de cualquier derecho sobre ella por lo que resultaban especialmente peligrosas las vacantes en la situación posesoria.

Lógico resultado de cuanto queda expuesto son los siguientes inconvenientes que ofrece el sistema:

1º. Publicidad y solemnidad de la contratación inmobiliaria.

En la sociedad feudal era imperativa la certidumbre en la identidad del titular de la pertenencia plena (freehold estate) sobre los fundos.

Así pues, el Derecho común ordenaba que toda transmisión de tal pertenencia había de hacerse mediante abierta y pública entrega de la posesión inmobiliaria (seisin) y a la vista o dentro del propio terreno objeto del derecho contratado. La ventaja de este sistema residía en que, ante una eventual controversia, los titulares de las fincas vecinas podían prestar testimonio.

Este sistema de adquisición del derecho se denominaba -- "enfeudación con entrega de la posesión" (feoffment with livery of seisin) o, dicho en términos más acordes con nuestro léxico jurídico, tradición con entrega de la posesión material o corporal de la finca, equivalente a la tradición "longa manu" de los romanistas y civilistas; la entrega era la parte operativa y sustancial del acto a la que solía acompañar una

cédula o título escrito de "enfeudación" o transmisión (charter of feoffment) a fin de reforzar la autenticidad de la transacción, sin que su otorgamiento fuera estrictamente necesario.

Sin ser ésta la única forma de contratación, era característica común a todas ellas su notoriedad y publicidad. La posibilidad de mantener en secreto las transacciones inmobiliarias, lo que a veces es una aspiración totalmente legítima, era desconocida por completo en el ámbito del Derecho común más antiguo.

2º. Constitución de derechos estrictamente limitada.

La imposibilidad de que la posesión se mantuviera vacante ni por un momento, obligaba a que toda transacción produjera el efecto de que el adquirente se convirtiera de inmediato en poseedor. Ello hacía que no pocas disposiciones, que legítimamente quisieran establecerse, resultasen imposibles. Por ejemplo, una donación en favor de un menor, que no había de surtir efecto hasta su mayoría de edad, era imposible hasta que el donatorio la alcanzase puesto que antes la posesión no podía transmitirse ni era este el deseo del donante.

El singularísimo papel que la posesión feudal tenía en el ámbito del Derecho común inmobiliario redujo a extremos de gran simplicidad el cuadro de derechos posibles, presentes y futuros, lo que equivalía a imponer de "facto" un estricto sistema de "numerus clausus".

3º. Indisponibilidad testamentaria de las pertenencias plenas (freehold estates).

Uno de los efectos de la implantación del sistema de te

nencias feudales (tenures) fué la abolición del derecho de disponer mediante testamento de las pertenencias plenas, salvo excepciones geográficamente muy localizadas en determinados burgos y pueblos. De haberse permitido dicha disponibilidad, además de haberse imposibilitado la reversión de la tierra al señor a falta de herederos legítimos, se habría vulnerado el principio feudal de publicidad y notoriedad de las transmisiones.

4º. Sujeción a onerosas cargas feudales.

Damos aquí por reproducidas la enumeración y breve descripción de prestaciones feudales contenida en el apartado 3.1.3. de este mismo capítulo.

La existencia de tales prestaciones suponía un gran inconveniente, de carácter general, para el titular de las pertenencias que estaba obligado a cumplirlas. Una de ellas consistía, como sabemos, en pagos monterios de carácter sucesorio satisfechos por el heredero; dado que la regla no era aplicable cuando las tierras eran concedidas a Instituciones en las que no se daba la sucesión "mortis causa", como ocurría con las Comunidades monásticas, se estableció la regla supletoria de que tales concesiones (denominadas "grant in mortmain", concesiones a manos muertas) eran confiscables si se hacían sin licencia del Rey.

Con lo que queda dicho hay suficientes elementos de juicio para afirmar que, no obstante la libre disposición "inter vivos" que era facultad atribuida a quien detentaba la tierra, su situación no era envidiable y, lo que es más grave, se fue haciendo incompatible con las necesidades de una sociedad en continua evolución, que progresaba económicamente merced a actividades artesanales y mercantiles de nuevo cuño y por todo -

ello necesitada de una política inmobiliaria más flexible y liberal.

4.2. La cesión fiduciaria como flexibilización del sistema inmobiliario.

La ley histórica según la cual una necesidad colectiva, - fuertemente sentida, conduce inexorablemente al hallazgo de una solución satisfactoria, tuvo confirmación una vez más ante el cúmulo de problemas y dificultades que planteaban la rigidez e inflexibilidad del sistema de tenencias y pertenencias - del Derecho común.

El remedio no se produjo por mutación de sus normas. Fue la labor solitaria del Canciller (Chancellor) la que alumbró - la solución a través de la protección que dispensó en su Tribunal de Equidad a la nueva concepción denominada cesión fiduciaria de los predios (use of lands).

4.2.1. Origen, finalidad y protección de la cesión fiduciaria.

La palabra inglesa "use" no se deriva, contrariamente a - lo que pudiera parecer, de la voz latina "usus" sino de "opus"; gradualmente se transformó en "oes", "ues" y de aquí definitivamente en "use".

Fue práctica común, en determinados casos, que una persona explotase las fincas ajenas "ad opus", en interés de su dueño. Así, sucedía cuando el "sheriff" (representante del Rey y también lugarteniente, en burgos y villas, del gobernador del condado o "ealdorman") detentaba tierras "ad opus domini Regis" o cuando un guerrero, antes de partir para las Cruzadas, cedía sus propiedades inmobiliarias a un amigo para que las administrase en interés de su mujer y de sus hijos. Estas prácticas,

poco a poco, dejaron de ser aisladas y excepcionales y se generalizaron con otros fines. La creencia más admitida situa esta generalización hacia el año 1230, considerándose la época de mayor difusión coincidente con los comienzos del siglo XIV.

La titularidad de la tierra se transmitía mediante un - contrato de Derecho común y el adquirente pasaba a detentar- lo en su propio nombre pero en beneficio (to the use) del - transmitente. A éste se le denominaba "cestui que use" o persona para quién se explotaba la tierra y al adquirente "feo- fee to uses" o feudatario (detentador en el sistema feudal) que administraba en beneficio de otro.

La cesión fiduciaria de las fincas implicaba para el cedente la pérdida, en el ámbito del Derecho común, de todo derecho sobre ellas. Había permutado su pertenencia por un derecho desprovisto de toda facultad posesoria y cuya efectividad quedaba a merced de la confianza depositada en el cesionario.

Si, por apartarse éste de las directrices trazadas por el cedente o por transmitir indebidamente la pertenencia, la confianza depositada hacía quiebra, no había acción alguna - en Derecho común a la que recurrir para enderezar el entuer- to.

La carencia de protección jurídica habría dado rápida - mente al traste con esta práctica fiduciaria, que poco a po- co iba tomando cuerpo de institución jurídica, si la inter - vención del Canciller, a partir del año 1400 aproximadamente, no hubiese habilitado el oportuno remedio. El no podía interferir la jurisdicción de los Tribunales de Derecho común, actuando de modo directo contra los inmuebles cedidos, pero, - de acuerdo con el respeto a los principios de honestidad y -

moralidad en que se basaba su propia jurisdicción, concedía acción "in personam" contra el cesionario infiel al compromiso - moral contraído con el cedente. Había incumplimiento de contrato y la acción para remediarlo pretendía reanudarlo en beneficio del cedente o compeler al cesionario a retroceder las fincas objeto de contrato.

4.2.2. Distinción entre pertenencias legales y equitativas (legal and equitable estates).

El Canciller, a partir de la fecha indicada, fue construyendo una jurisprudencia comprensiva y coherente en materia de cesiones fiduciarias. Es importante observar que su intervención en este campo condujo a la introducción en Derecho inglés de una distinción generalmente denominada dualidad del dominio inmobiliario (duality of landownership), dando aquí a la palabra dominio su acepción más amplia y genérica que, en nada se opone, a lo dicho más arriba sobre la inaplicabilidad de su acepción jurídica más estricta al Dº inglés.

Mientras que el cesionario era considerado como dueño, de acuerdo con los preceptos del Dº común, la Equidad conceptuaba como tal al cedente por lo que el primero era el titular de la pertenencia legal y el segundo de la equitativa sobre una misma finca. La pertenencia legal era reconocida y protegida por los Tribunales de Derecho común y la equitativa por el Tribunal de Equidad creado por el Canciller.

En la práctica, la coordinación de pretensiones tan dispares se hacía respetando siempre y escrupulosamente el derecho real del cesionario infiel, y la consiguiente posesión del fondo objeto de debate, pero al mismo tiempo la Cancillería presionaba personalmente sobre él para obligarle a cumplir el contrato en cuya virtud se efectuó la cesión fiduciaria, llegando

incluso a decretar su encarcelamiento si obstinadamente resistía su autoridad.

4.2.3. Ventajas de la cesión fiduciaria.

Había al menos seis substanciales ventajas que estimulaban a celebrar este contrato.

1ª. Disponibilidad testamentaria de los derechos sobre la tierra.

El lógico deseo de disponer mediante testamento de estos derechos fue la causa que más eficazmente contribuyó a la generalización de las cesiones fiduciarias.

Las directrices del cedente podían abarcar tanto el destino que había de darse a los bienes durante su vida como el posterior a su muerte. Por esta vía indirecta, haciendo testamento de sus pertenencias equitativas, se hacían las necesarias previsiones en favor de los hijos más jóvenes, de las hijas, se aseguraba el pago de las deudas y se disponían legados de carácter piadoso.

2ª. Agilización de la contratación inmobiliaria.

La obligada publicidad y notoriedad de la contratación inmobiliaria, peculiar del Dº común, podía fácilmente ser evitada en las transmisiones fiduciarias. Estas no precisaban formalidad alguna: el único requisito esencial era que la voluntad del cedente había de quedar claramente manifestada.

A mayor abundamiento, el sistema de contratación de inmuebles (system of conveyancing) a partir del Estatuto de Ce-

siones Fiduciarias (Statute of Uses) de 1535, acogió una doctrina contractual basada en la Equidad, ampliando sus efectos al ámbito del Derecho común. En términos de Equidad quedó establecido que un simple contrato, sin formalidades exteriores para transmitir pertenencias legales, producía efectos de cesión fiduciaria inmediatamente que el adquirente hubiese satisfecho el precio. Este contrato, conocido por el nombre de "convenio y venta" (bargain and sale), acabó por surtir, con determinados matices, efectos en cuanto a las pertenencias legales merced a la reforma estatutaria señalada.

3ª. Expansión de la propiedad vinculada (settlements of land).

Al enumerar los inconvenientes del sistema inmobiliario del Derecho común (apartado 4.1. de este mismo capítulo) vimos lo muy restringida que estaba la facultad del dueño de la tierra para constituir derechos futuros sobre ella.

La transmisión fiduciaria creó un campo de libertad casi ilimitado para la creación y configuración de derechos futuros mediante el sistema de vinculación de la propiedad real, ya que las pertenencias equitativas eran instrumentos muy flexibles y moldeables con los que los dueños de la tierra podían atender a cuantas previsiones de futuro quisieran establecer. Fue éste uno de los más eficaces estímulos para la difusión del sistema. Volveremos sobre él, más detenidamente, en este mismo capítulo.

4ª. Neutralización de las cargas feudales.

Las más opresoras de las cargas feudales, que eran las exigibles al fallecimiento de quien detentaba la tierra, (cónsultese en el precedente apartado 3.1.3. lo dicho sobre las

tenencias profanas y particularmente sobre el servicio de las armas) quedaron burladas mediante la práctica de la cesión fiduciaria no a uno sino a varios detentadores en comunidad - (joint tenancy). La norma, en caso de pertenencia en mano común, era que la cuota del cotitular fallecido no pasaba a sus herederos sino que acrecía la de los cotitulares restantes. Al no haber herederos ni del todo ni de participación alguna en las pertenencias legales, las prestaciones feudales no eran - exigibles. Había pues que conseguir a toda costa que el número de cotitulares no bajara nunca de dos, a fin de "congelar" el mecanismo de las tan temidas como odiadas servidumbres personales.

La muerte del cedente fiduciario (cestui que use) que - había roto todo vínculo jurídico con el señor feudal al transmitir sus derechos, no habilitaba a éste, lógicamente, para - exigir ninguna prestación feudal.

5ª. Protección contra la confiscación real (forfeiture) y la reversión señorial (escheat).

Las tenencias territoriales de Derecho común eran confiscables por la Corona, a perpetuidad o temporalmente, si el titular cometía determinados delitos (p. ej. alta traición y - otros delitos políticos); concluida la confiscación temporal la plenitud de derechos dominicales revertía al señor. La reversión se producía a favor del señor inmediato si el que detentaba la tierra fallecía sin herederos.

Estas enojosas consecuencias podían enervarse si el titular de la tenencia transmitía fiduciariamente su derecho antes de embarcarse en empresas políticas de resultado dudoso o ante la perspectiva de fallecer sin herederos. En el primer -

caso, aunque el delincuente fuese condenado a la máxima pena la situación económica de su familia quedaba salvaguardada.

6ª. Evasión de los Estatutos desamortizadores.

Ya hemos visto en el apartado 4.1. del presente capítulo el peligro de confiscación a favor del señor feudal que amenazaba a las Instituciones religiosas y a otras Corporaciones en cuanto titulares de tenencias constituidas sin autorización del Rey y Señor supremo (King and lord paramount). La transmisión fiduciaria, cual panacea universal contra todos los males feudales, también servía para eludir este inconveniente si bien su utilización con tal fin quedó legalmente prohibida en 1392.

4.2.4. Influencia del Derecho común en la regulación de la cesión fiduciaria.

La nueva forma de titularidad dominical, que fué bautizada con la denominación de pertenencia equitativa (equitable estate), era creación, obra exclusiva del Canciller, que pudo recrearse en regularla, en moldearla a su antojo, con plena libertad e incluso con absoluto desprecio de los principios informadores del Derecho común. Era, según afortunada expresión contenida en una vieja sentencia, igual que arcilla en manos de alfarero. De la exactitud de esta metáfora nos dá cabal idea la precedente enumeración de ventajas del sistema de cesión fiduciaria y el importante conjunto de finalidades que con ella pudieron ser alcanzadas.

Ahora bien, y como era presumible, el Canciller no hizo uso caprichoso de sus prerrogativas y reguló las pertenencias equitativas siguiendo, en general, las líneas maestras del sistema del Derecho común salvo cuando fue necesario

apartarse de ellas para atender a la satisfacción de los intereses que éste desconocía.

Así, y como ejemplos de sumisión a las normas del Dere — cho común, el sistema de Equidad, en caso de fallecimiento — del cedente fiduciario (cestui que use), aplicó las normas su cesorias de aquél; asimismo, la clasificación de las pertenen cias legales que ha quedado expuesta páginas atrás (apartado 3.2.2 de este mismo capítulo) fué adoptada para distinguir — las diversas modalidades de pertenencias equitativas.

4.2.5. Concepto de cesión fiduciaria.

Como síntesis de cuanto queda dicho sobre esta institu — ción jurídica, podemos ensayar una definición en la que que — den comprendidos todos sus elementos esenciales. De acuerdo — con ella, había cesión fiduciaria cuando una pertenencia le — gal era transmitida a una persona en circunstancias tales que la convertían en titular de un fideicomiso "inter vivos" — (trust), exigible únicamente en términos de Equidad, y en vir tud del cual quedaba obligado a transmitir la pertenencia le — gal a determinada(s) persona(s) y en el interín a destinar — las ventas y frutos en la forma que determinase el transmiten te (cestui que use). Y faltando las directrices había de con — servar la tierra y entregar personalmente al cedente las ren — tas y frutos obtenidos.

4.3. El Estatuto de la Cesión Fiduciaria en 1535 y evolución posterior de la institución.

La pertenencia equitativa, que fue la obra maestra del — Canciller, sufrió serias perturbaciones en su natural evolu — ción histórica como consecuencia de la aprobación del Estatu —

to de las Cesiones Fiduciarias (Statute of Uses), en 1535, durante el reinado de Enrique VIII.

El Soberano, en graves aprietos financieros, trató, sin éxito, que el Parlamento, indulgente con él en otros muchos aspectos, votase a su favor un presupuesto suficiente y permanente. Como solución alternativa decidió abolir definitivamente las cesiones fiduciarias y restaurar los derechos feudales, progresivamente enervados como fuente de ingresos por la amplia difusión de aquellas. De tal restauración habría de ser él el principal beneficiario. Durante seis años (entre 1529 y 1535) el Monarca trabajó en la preparación del adecuado texto legal. Inicialmente se redactó un proyecto tan radicalmente abolicionista, que de haberse convertido en ley habría cambiado por completo el signo posterior del Derecho inmobiliario inglés.

Pero, al mismo tiempo, la oposición se organizó y adquirió fuerza desde dos bandos distintos: la mayoría de los propietarios de tierras, que veían en peligro la libertad de pactos y testamentaría de que disfrutaban, y el estamento profesional de los abogados, que con la supresión de tal libertad perdían una importante fuente de ingresos profesionales. El frente común contra el proyecto lo desbarató Enrique VIII suavizando éste y amenazando al grupo profesional que se le oponía con severas investigaciones y medidas que dañarían aún más gravemente sus intereses que la proyectada reforma de las cesiones.

Tras no pocos forcejeos, y variedad de proyectos, el texto final del Estatuto fué aprobado y promulgado en 1535, precedido de un preámbulo en el que se denigran como entuertos las ventajas que para los terratenientes suponía el sistema -

de cesión fiduciaria de sus pertenencias, encubriendo así su verdadero propósito, que no era otro que el de obtener recursos con los que colmar las exhaustas arcas reales.

La entrada en vigor del Estatuto produjo, como principal efecto, el fin de la distinción entre pertenencias legales y equitativas en el supuesto de cesión fiduciaria pasiva, es decir, cuando el cedente o sus herederos conservaban de "facto" la posesión inmobiliaria, siendo el cesionario o los suyos un mero instrumento al servicio de sus propósitos. Al quedar reunidas en manos del cedente, o de su heredero, la posesión de "facto" y la pertenencia equitativa, el Estatuto consideró inútil esta última, suprimiéndola y disponiendo que retornase a quien había cedido o a sus sucesores la titularidad de la pertenencia legal a todos los efectos del Derecho común, especialmente los derivados de su condición de poseedor, revitalizando de esta manera el conjunto de cargas reales y servidumbres personales en cuyo complejo entramado se apoyaba el poderío y la prosperidad de los señores feudales. Estos y el Rey fueron los grandes beneficiarios del Estatuto, en perjuicio de la gran masa de propietarios agrícolas que cultivaban directamente la tierra y vivían de sus frutos.

Fácil resulta imaginar la enorme impopularidad del Estatuto de 1535. Su aplicación produjo tal malestar entre la clase campesina, que había perdido la posibilidad de testar, que en 1540 fué preciso promulgar el Estatuto de los Testamentos (Estatute of Wills) que autorizó a quien detentaba la tierra en los casos de tenencia en cesión feudal (socage) y en los de tenencia militar (Knight service) a disponer "mortis causa" de sus derechos, ilimitadamente en el primer caso

y en sus dos terceras partes en el segundo. Curiosamente, y - en el breve lapso de cinco años, la tentativa de abolición le gal de la cesión fiduciaria se convertía en el reconocimiento legal de uno de sus más sonados logros.

Según ya hemos visto, las pretensiones abolicionistas - del Estatuto de 1535, aún siendo generales, no fueron absolutas. Hubo al menos dos casos en que la cesión fiduciaria continuó produciendo sus efectos tal como había sido configurada por la jurisprudencia del Canciller. En primer lugar, cuando lo cedido era una pertenencia legal menos plena y de duración cierta (leaseholds) dado que por su condición de propiedad - personal-real (chattel real) no era susceptible de posesión - inmobiliaria (seisin). Además, y como excepción de mayor enti dad, el Estatuto de 1535 se consideró inaplicable en los ca - sos de cesión fiduciaria activa, es decir, cuando el cesionario recibía de manos del cedente la posesión inmobiliaria de "facto", quedando obligado a obtener los frutos y a entregarlos al cedente de conformidad con lo pactado.

En ambos casos, y como resultado de una evolución terminológica, empezó a ser usual la expresión de que la persona - (cesionario y sus herederos) que quedaba moral y jurídicamente obligada, ante la jurisdicción del Canciller, estaba sujeta a un fideicomiso "inter vivos" (trust) que le imponía el - cumplimiento de las directrices del cedente.

De otra parte, la abolición de la cesión fiduciaria pasi va, por aplicación del Estatuto de 1535, fué acatada por la - jurisdicción del Canciller, al mismo tiempo que, en su jurisprudencia, basada en un amplio y muy heterogéneo conjunto de supuestos prácticos, se arraigaba cada vez con mayor firmeza a

el principio del deber moral jurídicamente exigible en todos los casos de cesión fiduciaria.

Un significativo ejemplo de esta constante preocupación del Tribunal del Canciller por el problema de conciencia - existente en el núcleo de toda cesión fiduciaria, lo constituye la antigua regla según la cual la cesión fiduciaria de segundo grado no era posible (use upon a use). Así, el contrato en virtud del cual A (segundo cesionario) y sus herederos adquirirían la pertenencia legal en beneficio de B (segundo cedente y primer cesionario) y los suyos y éstos a su vez para beneficio de C (primer cedente) y los suyos, era inoperante en cuanto a este segundo efecto. En tal caso, la pertenencia equitativa era adquirida, según quedó confirmado en el caso Jane Tyrrel's, en 1532, únicamente por B y sus herederos siendo nula la designación, aunque fuera primera en el tiempo, de beneficiarios (titularidad de la pertenencia equitativa) en favor de C y los suyos puesto que, según se razonaba, siendo la cesión una libertad para la obtención y aplicación de los frutos de la tierra, dos personas no podían ser plenas y simultáneas beneficiarios de los mismos.

A pesar de que, en términos de Equidad, era obvio que en una cesión fiduciaria de las características de la expresada las partes contratantes no pretendían que los beneficios del contrato fueran para B sino para C, inicialmente el Tribunal de la Cancillería adoptó el mismo criterio que los Tribunales de Derecho común. Más adelante, empero, cambió completamente de orientación -de una manera firme a comienzos del siglo XVIII- y restableció la transmisión fiduciaria pasiva (abolida por el Estatuto de 1535) interpretando que B había de considerarse como titular de la pertenencia legal en fideicomiso (in trust) a favor de C, que lo era de la equitativa y además poseedor de "facto" del predio, quedando A,

tercer vértice de esta relación jurídica triangular, prontamente excluido, como enseguida veremos, del juego de intereses en acción ya que el papel que desde un principio se le asignaba era muy fugaz: servir de cebo al efecto sancionador del Estatuto contra las cesiones fiduciarias pasivas. El arranque de este brusco cambio de criterio está en la resolución adoptada en el pleito seguido por Sambach v. Dalston (o Daston) en 1634, la cual fijó claramente el criterio de que la intencionalidad del cedente había de ser tomada siempre en consideración. La semilla contenida en este importante fallo judicial fructificó al amparo de importantes mutaciones en la situación política y social del país. Por ello, la abolición de las tenencias militares, decretada en 1660, y la gradual pérdida de valor de los signos monetarios -que redujo la importancia de las cargas feudales- alentaron el deseo casi universal de recuperar la antigua libertad, dando paso al restablecimiento de la eficacia jurídica de la transmisión fiduciaria pasiva a través del mecanismo de la cesión de segundo grado (use upon a use).

Por consiguiente, si lo que se pretendía era crear una pertenencia equitativa en favor de C, en lugar de seguir el método pre-estatutario de contratar directamente entre éste y A, que nada creaba pues al quedar C titular de la pertenencia equitativa y poseedor de "facto" volvía a él la pertenencia legal por aplicación del Estatuto de 1535, se convenía una segunda cesión intermedia de tal modo que A adquiría la pertenencia legal en beneficio de B, que adquiría la equitativa y éste a su vez para beneficio de C, que adquiría también esta última. De este modo, y de una manera indirecta, se conseguía la finalidad pretendida puesto que por aplicación del repetido Estatuto de 1535 A, que no era poseedor de "facto", decaía en su titularidad de la pertenencia legal que pasaba a B, primer titular de la equitativa, al que re-

vertía la legal y momentáneo poseedor de "facto", quedando C investido de la titularidad de una pertenencia equitativa, - llamada ahora fideicomiso (trust) por un proceso de generalización de esta expresión, y también poseedor definitivo de "facto" en virtud de acuerdo con B. La principal diferencia entre la cesión fiduciaria, anterior al Estatuto, y esta - institución "renovada" residía en el complicado mecanismo de creación de esta última y en las variaciones terminológicas adoptadas.

En resumen, estamos ante un claro supuesto de evolución del criterio interpretativo jurídico por motivos históricos, tanto en el ámbito del Derecho común, en el que sin duda ha de encuadrarse el Estatuto de 1535, como en el de la doctrina jurisprudencial integrante del sistema de Equidad. La ficción de la cesión fiduciaria de segundo grado (use upon a - use) fue manipulada hábilmente a fin de restaurar la vigencia de la cesión fiduciaria pasiva -renacida al amparo de la virtud purificadora de un nuevo nombre- adaptándose el sistema jurídico vigente y sus efectos a la consecución de determinadas finalidades, socialmente deseadas, a través de negocios jurídicos singularmente oblicuos y complejos.

4.4. Concepto de las pertenencias equitativas en comparación con las legales.

4.4.1. Consideraciones previas.

Son precisas ahora algunas puntualizaciones sobre la naturaleza de las pertenencias equitativas, tal como quedaron configuradas al amparo de la doctrina del fideicomiso y que, asimismo, concretemos las diferencias entre ellas y las pertenencias legales.

En términos generales es válida la afirmación según la cual los fideicomisos "inter vivos" (trust) son la perpetuación de las antiguas cesiones fiduciarias, después y a pesar de la barrera alzada contra ellos por el tantas veces citado Estatuto de Enrique VIII. Ahora bien, y como es lógico en el desarrollo de toda concepción legal, las pertenencias equitativas resultantes de la doctrina de los fideicomisos aparecen más elaboradas que las que emanaron de la doctrina de las cesiones fiduciarias.

Hay, como consecuencia de ese mayor desarrollo, una expansión del objeto posible del fideicomiso. Así, la cesión fiduciaria era únicamente viable si el cedente era titular de una pertenencia ilimitadamente heredable (estate in fee simple), mientras que el fideicomiso podían constituirlo también quienes eran titulares de pertenencias limitadamente heredables (estate in fee tail) e incluso de las intransmisibles por herencia; se diferencian también ambas instituciones en que la cesión fiduciaria era predominantemente pasiva, limitándose, por lo general, el papel del cesionario a ser un mero instrumento de las directrices y actuaciones del cedente, mientras que en el fideicomiso el fiduciario (trustee) suele asumir una posición más activa, colaborando en la administración de las fincas, por ejemplo; finalmente, las cesiones estaban circunscritas exclusivamente a los inmuebles mientras que el gran desarrollo alcanzado por los fideicomisos permite que el objeto de los mismos sea cualquier tipo de propiedad concebible y servir además a otras finalidades paralelas, como la de permitir que determinadas asociaciones sin personalidad jurídica (unincorporated associations), ciertos clubs y sindicatos (trade unions), etc. puedan servirse de las fincas necesarias para la consecución de sus fines, constituyendo fiduciarios de aquéllas a algunos de sus miembros.

La creación de los derechos equitativos se produce cuando el transmitente tiene intención de constituirlos, y, también, cuando en la transmisión de pertenencias legales existen determinados defectos de capacidad o de forma que, sin llevar aparejada de pleno Derecho la nulidad del acto, impiden la completa efectividad del mismo. Por ello, es equitativo el derecho que asiste a una persona que ha formalizado un precontrato válido para adquirir una pertenencia legal sobre un predio, sin llegar a tomar posesión del mismo, lo cual constituye un requisito de forma esencial en Derecho común.

La distinción fundamental entre ambas clases de pertenencias reside en que la legal es un derecho "in rem", mientras que la equitativa lo es "in personam"; es decir, la primera concede un derecho ejercitable contra todo el mundo - mientras que la última atribuye facultades de las que únicamente puede hacerse uso contra un número limitado de personas.

El criterio que permite precisar el círculo de personas contra las cuales es ejercitable la pertenencia equitativa, es el de que quedan incluidas en él todas las que, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en la adquisición de sus derechos sobre el predio son, o deberían ser, responsables ante el titular de dicha pertenencia. Deriva este principio de la constante negativa del Tribunal de la Cancillería a reconocer eficacia a la pertenencia equitativa contra quien adquiriría la legal de buena fe, es decir, desconociendo la existencia de aquélla, de manos del cesionario. En virtud de una interpretación tendente a reforzar la eficacia jurídica de las pertenencias equitativas, el número de posibles adquirentes de buena fe disminuyó gradualmente. Ya en 1465 se estimó que, quien adquiriría del cesionario conociendo las obligaciones impuestas a éste en virtud de la cesión, se

subrogaba en las mismas. Otro tanto se estableció en 1552 con relación a quienes, en cualquier supuesto, adquirirían "mortis causa" del cesionario o fiduciario. Más adelante, de acuerdo con lo decidido en el caso Chudleigh's, vino a engrosar el grupo de las personas vinculadas por el fideicomiso el adquirente a título gratuito e "inter vivos" del fiduciario, aún cuando desconociese totalmente su existencia. Nuevamente, alrededor de 1660, se amplió el círculo de personas afectadas por el fideicomiso al quedar incluidas en él, también en todo caso, los acreedores del fiduciario que ejecutaban los bienes inmuebles fideicometidos para satisfacer sus créditos. Por consiguiente, la única persona que, en conciencia, -y por ello sin que las normas de la Equidad pudieran perjudicarla- no quedaba afectada por el fideicomiso era el adquirente de buena fe y a título oneroso. La transmisión de la pertenencia legal llevada a efecto en estas condiciones producía efectos irreparables. La pertenencia equitativa perdía toda su base real, y el único remedio de que disponía su titular era la acción personal contra el fiduciario que había traicionado la confianza en él depositada.

De capital importancia era discernir cuando había o estaba ausente la buena fe. Si un comprador, con suficiente diligencia y actuando de forma razonable, hacía todas las investigaciones que el adquirente de un predio debía llevar a efecto normalmente, su buena fe únicamente podía quedar empañada por un aviso o noticia expresa o subjetiva (actual notice) de la existencia del fideicomiso. Ahora bien, si omitía estas pesquisas, propias de un diligente padre de familia, como diríamos en nuestro Derecho, su buena fe podía destruirse por la noticia o conocimiento supuesto u objetivo (constructive notice).

4.4.2. Teoría del conocimiento objetivo.

El concepto del conocimiento objetivo o supuesto, difícil de precisar, incluye, según apreciación general, dos diferentes supuestos:

1. Cuando el adquirente omite la investigación del título de propiedad del vendedor o la realización de pesquisas razonables en torno a documentos u hechos que, guardando relación con la transacción pretendida, lleguen a su conocimiento.

2. Cuando se le imputa tal conocimiento por razón de que su abogado o agente de la propiedad inmobiliaria tenga conocimiento subjetivo de determinado hecho. En este caso se habla generalmente de conocimiento atribuido (imputed notice). Con anterioridad a la Ley de Contratación Inmobiliaria (Conveyancing Act) de 1882, el conocimiento adquirido por un agente en transacción anterior era, en ocasiones, imputado al adquirente. Esta norma desalentó la contratación a través de agentes locales, por lo que fué derogada por la Ley de 1882. A partir de entonces, sólo el conocimiento subjetivo u objetivo del agente en la transacción presente era atribuible a su cliente comprador. De conformidad con lo establecido en la causa Sharpe v. Foy, en 1868, cuando el mismo agente o abogado trabaja para ambos contratantes, cualquier conocimiento que adquiriera afecta a los dos excepto si hay cohecho entre el agente y uno de ellos para perjudicar al otro, en cuyo caso el conocimiento adquirido no afecta a éste.

Ambos supuestos dejan en el aire la cuestión de lo que una persona prudente y cuidadosa debe hacer antes de adquirir una pertenencia. La Ley de Contratación Inmobiliaria -

(Conveyancing Act) de 1882 contiene precisiones al respecto que se reproducen en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925. Según las mismas, se estima que todo adquirente es conocedor de cuanto haya dejado de descubrir por no investigar el título del transmitente, por no examinar la documentación jurídica concerniente al predio o por no inspeccionar éste. Examinemos separadamente estos tres casos:

a) Conocimiento objetivo por no investigar el título.- Sólido abolengo tiene en D^o inglés la obligación que incumbe a todo adquirente de exigir al transmitente que pruebe su título, demostrando que el derecho cuya adquisición ha contratado le pertenece y no está limitado por otros de terceras personas. Dentro de un sistema de derechos no registrados, la prueba del título consiste en que el transmitente ponga de manifiesto la historia del inmueble a través de lo que se ha llamado sumario del título (abstract of title), o resumen de los contratos y hechos (nacimientos, muertes, matrimonios) que afecten a la titularidad de los derechos sobre el inmueble durante un periodo de tiempo determinado.

La antigua regla, así en Derecho común como en Equidad, exigía que el contenido del sumario del título había de abarcar un periodo no menor de sesenta años, periodo que fué abreviado a cuarenta años, salvo pacto en contrario, por la Ley de Vendedores y Compradores (Vendor and Purchaser Act) de 1874, nuevamente reducido -a treinta años- por la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925 y finalmente establecido en quince años por la nueva Ley del Derecho de Propiedad de 1969.

En suma, cabe hablar de la existencia de conocimiento supuesto u objetivo (constructive notice) y, en su vir -

tud, el adquirente ha de respetar las pertenencias equitativas aún cuando no tenga conocimiento subjetivo de ellas, - siempre que de haber llevado a cabo el adquirente la investigación del título, que sumariamente acabamos de describir, habría llegado a su conocimiento efectivo la existencia de aquellas pertenencias.

b) Conocimiento objetivo por falta de pesquisas documentales.-Según hemos indicado, el exámen del sumario del título no basta para poner al adquirente a cubierto de las perniciosas consecuencias del conocimiento objetivo.

Además de presentar dicho sumario del título, el -- transmitente está obligado a verificar su contenido, mostrando los documentos sumariados o suministrando la mayor -- evidencia posible de aquellos que sea imposible poner de manifiesto, así como probando los hechos igualmente sumariados.

En consecuencia, el adquirente ha de enterarse del -- contenido de las escrituras y demás documentos en él extractados, haciendo las pesquisas que sean pertinentes, cuando la documentación ofrecida resulte insuficiente. Si éstas resultan infructuosas, la doctrina del conocimiento objetivo no le alcanza sólo si puso suficiente diligencia en las indagaciones, haciendo caso omiso de excusas y explicaciones no razonables.

c) Conocimiento objetivo por no inspeccionar el inmueble.- Todo adquirente ha de recabar información de cualquier persona que, sin ser el transmitente, esté en la posesión -- actual del inmueble y pueda ser titular de algún derecho sobre él o tener conocimiento de su existencia. La regla tuvo clara y definitiva confirmación en la causa Junt v. Luck, -- en 1901.

4.4.3. Definición de las pertenencias equitativas.

Tras haber estudiado con algún detenimiento contra qué personas y en qué circunstancias es ejercitable una pertenencia equitativa, estamos ahora en mejores condiciones para concretar las diferencias existentes entre ambas modalidades de pertenencia, formulando una definición de la equitativa bastante precisa. En tal sentido, se entiende por pertenencia equitativa la ejercitable contra todo el mundo, excepto el adquirente a título oneroso de la pertenencia legal que hubiese llevado a efecto su adquisición sin tener noticia ni objetiva ni subjetiva de la existencia de la equitativa, es decir, de buena fe.

En este caso, y tal como quedó amplia y sólidamente razonado en la causa seguida por Pilcher v. Rawlins, en 1871, no hay objeción válida alguna para que la Equidad pueda impedir el normal funcionamiento del Derecho común, ya que en definitiva aquélla no es sino una manifestación del Derecho en su más genuina acepción. Cuando una persona ha pagado por la adquisición de un derecho legalmente reconocido y protegido, y además ha actuado honesta y diligentemente, no hay razón alguna para que el derecho así adquirido se posponga al de alguien que, desde el punto de vista de la Equidad, no tiene una posición más respetable y que la tiene mucho más endeble según el Derecho común.

En resumen, una pertenencia equitativa no es tan segura como una legal. El titular de aquella puede, sin ninguna falta o negligencia de su parte, ver pospuesto su derecho al de un tercer adquirente de la pertenencia legal sobre el mismo inmueble. Ante tal evento, el único remedio jurídico a su alcance es una acción de daños y perjuicios ejercitable contra el fiduciario que hubiere actuado dolosa o negligentemente, según quedó claramente establecido en la resolución de -

la causa *Pilcher v. Rawlins*, ya mencionada.

4.4.4. Otros derechos equitativos.

Hemos centrado la precedente exposición en una de las modalidades de derecho equitativo, el fideicomiso "inter vivos", del que se deriva la pertenencia equitativa, que es la más importante de todas, pero no la única. Además de la indicada pertenencia, cuyas diversas modalidades son paralelas a las de la legal, existen otros derechos equitativos de los que no hay correlativo alguno en Derecho común.

Las más importantes especies de derechos equitativos, a los que llamaremos reales por ser eficaces con relación a determinado(s) fundo(s); son éstas:

1. Pactos o derechos restrictivos del uso (restrictive covenants), especie de servidumbres continuas, no aparentes, voluntarias, negativas y personales o reales, en cuya virtud se impone al titular del predio sirviente la prohibición de hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre; p. ej. que no realice actividades comerciales en su finca.

La carga así impuesta es ejercitable en los mismos términos que una pertenencia equitativa. Consiguientemente, no perjudica a quien adquiere a título oneroso y de buena fe el predio sirviente, en cuyo caso la única protección posible es la acción indemnizatoria de daños y perjuicios contra el transmitente infiel.

2. Derecho equitativo de redención (equity of redemption) o derecho a cancelar la hipoteca después de vencer el plazo pactado para ello, facultad que asiste al deudor hipotecario, previa amortización de lo debido por capital e intereses, aunque haya dejado transcurrir la fecha pactada al efecto.

3. Hipotecas equitativas (equitable mortgages), entre cuyas varias modalidades posibles, que serán estudiadas en lugar oportuno, sobresalen, como de naturaleza más netamente equitativa, el depósito de las escrituras solemnes de propiedad (deposit of title deeds) y las afecciones en pago con fuerza de hipoteca equitativa (equitable charges), que son auténticos - derechos reales de garantía.

4. Derecho de retención como garantía de precio aplazado (equitable lien), de efecto similar que las anteriores por - cuanto también es un derecho real de garantía. Existe, por imperativo legal, cuando efectuada la venta el comprador no satisface al contado la totalidad del precio. Faculta al vendedor para pedir a los Tribunales que se efectue una nueva venta del inmueble y resarcirse, con su importe, de lo que se le adeude por razón de la primera.

5. Precontrato inmobiliario (estate contract) del que se deriva un derecho equitativo en favor del adquirente de cualquier modalidad de pertenencia legal, en el lapso de tiempo - que media entre el precontrato y su cumplimiento mediante la solemnización del correspondiente contrato transmisorio.

Finalmente, ha de distinguirse entre estas modalidades reales de derechos equitativos y los que son también derechos equitativos pero de naturaleza personal (equity or mere equity). Este grupo no admite una definición precisa; engloba titularidades jurídicas que facultan para exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones de hacer, o para pedir la nulidad o modificación de los efectos de un contrato si el consentimiento se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Se centran, pues, en el ámbito del Derecho de obligaciones por lo que les resulta apropiada la denominación de derechos equitativos personales u obligaciones equitativas.

La diferencia entre ambas clases de derechos equitativos se pone de manifiesto cuando comparamos sus respectivos efectos. Hemos visto que el adquirente de una pertenencia legal a título oneroso y de buena fe (sin conocimiento objetivo ni subjetivo) la recibe libre de cualquier derecho equitativo o que sobre ella pueda existir. No ocurre lo mismo cuando lo que se adquiere es una pertenencia equitativa, ya que la transmisión de la misma no perjudica, en ningún caso, los efectos reales de otras pertenencias, también equitativas, existentes sobre el mismo inmueble. En el ámbito de la Equidad solo se transmite lo que se tiene (*nemo dat quod non habet*) y ha de respetarse la prioridad de los derechos (*prior in tempore potior in iure*).

Este principio, válido cuando se trata de colisión entre derechos equitativos reales hace quiebra si la misma se produce entre éstos y los derechos equitativos personales. Los titulares de los primeros, a título oneroso y de buena fe (sin conocimiento objetivo ni subjetivo), pueden ignorar la existencia de todo derecho equitativo personal que afecte al mismo inmueble.

5. PROPIEDAD VINCULADA (settlements).

- o - o - o -

* Durante la dilatada etapa de la historia europea en la que la propiedad de la tierra constituía la única fuente de riqueza estable, floreció, entre los grandes propietarios territoriales, que formaban la clase socialmente dominante, el decidido propósito de consolidar el futuro de su linaje vinculando al círculo familiar, por periodos de tiempo tan largos como fuera posible, el control del patrimonio inmobiliario e impidiendo que pudiera pasar a manos ajenas.

El sistema inmobiliario inglés, que primero había elaborado la doctrina de las pertenencias, flexibilizando, más tarde, su funcionamiento a través de la Equidad, resultaba especialmente apto para dar amplia satisfacción a las aspiraciones vinculadoras en las que la sociedad inglesa puso singular énfasis. La pertenencia plena y de duración indeterminada se reveló como el instrumento especialmente idóneo para dar cauce a los propósitos vinculadores. Efectivamente, al ser desmontable en derechos de duración limitada que cabía asignar, sucesivamente, a varias personas, con el resultado de que mientras no se extinguieran todos los derechos limitados no volvía a haber dueño pleno con facultad de disponer, el objetivo perseguido con la vinculación familiar de la propiedad territorial era fácilmente alcanzable.

La modalidad más genuina de vinculación familiar nacida del Derecho inglés es la vinculación estricta (strict settlement). En su virtud, el constituyente, generalmente por vía de herencia, donación o capitulaciones matrimonia

les, transmitía a su descendencia, habida o por haber, pertenencias vitalicias o limitadamente heredables, excepto - al heredero que instituí a en último lugar en cuyas manos, en tiempo oportuno, habrían de reunirse nuevamente la totalidad de las facultades dominicales inmobiliarias, es decir, la pertenencia plena de duración indeterminada.

Sin perjuicio de sus ventajas en cuanto medio de protección de una determinada forma de organización social, - las vinculaciones familiares reportaban serios inconvenientes a ese mismo sistema, considerado en su conjunto y no sólo bajo el prisma de la defensa del patrimonio familiar.

Uno de ellos era la inalienabilidad de la propiedad, a la que puso coto la llamada "regla contra perpetuidades" (rule against perpetuities) supeditando la validez de las vinculaciones a la producción del evento final previsto - por el constituyente en un plazo máximo de 21 años contados a partir del fallecimiento de personas vivas al quedar constituida la vinculación. En caso contrario, la vinculación era nula.

Otro efecto nocivo fué el progresivo empobrecimiento de los patrimonios familiares que, paradójicamente, se pretendía salvar. Contra ello se luchó a través de un movimiento legislativo de liberalización contractual de la propiedad vinculada, que plasmó en abundantes y eficaces - disposiciones dictadas desde el siglo pasado hasta nuestros días.

Finalmente, las vinculaciones contribuyeron a reforzar la complejidad de la contratación inmobiliaria que ha sido, y todavía es, no obstante su reciente simplificación, el aspecto más deleznable del sistema inmobiliario inglés.

Una modalidad alternativa de vinculación familiar es el fideicomiso para venta (trust for sale). Aunque por su finalidad guarda similitud con la vinculación estricta, - su diferente instrumentación jurídica y su mayor agilidad de funcionamiento, que obvia los inconvenientes antes enumerados, hacen de ella una modalidad vinculatoria muy distinta, de uso cada vez más frecuente, llegando, en la actualidad, a desplazar casi por completo a la vinculación estricta. Se constituye mediante la transmisión de la pertenencia plena y de duración indeterminada a unos terceros, llamados fiduciarios, sujeta a fideicomiso y con orden de vender el derecho en su plenitud, pero con la obligación de conservar y distribuir, en su momento, el capital resultante de la venta, así como las rentas y beneficios obtenidos del inmueble.

Con la vinculación estricta se pretende la conservación, en especie, de la propiedad inmobiliaria y con el fideicomiso para venta la conservación de su valor, transformado en dinero y conceptuado como inversión y fuente de renta en beneficio de los fideicomisarios.

La sustracción de la propiedad territorial a la libre circulación es un fenómeno sociopolítico del que también hubo importantes ecos en la Península Ibérica. Partiendo del concepto genérico de vinculación, e intentando sistematizar su heterogénea tipología, se pueden clasificar en dos clases y varias subclases. Hay, primeramente, vinculaciones sociales y vinculaciones familiares.

Bajo la rúbrica genérica de vinculaciones sociales, todas ellas atribuibles a personas jurídicas, es menester incluir la de los bienes comunales, inalienables y poseídos en común por los vecinos de un municipio, la propiedad eclesiástica (manos muertas, amortización en sentido

estricto) que no podía ser objeto de compraventa por especial precepto de Derecho canónico, y la asimilada, en cierto modo, a ésta por su origen o su finalidad (hospicios, hospitales, obras pías, cofradías). Contentémonos con su enumeración, puesto que quedan fuera del marco de nuestro estudio, y con observar que en Derecho inglés no carecen de equivalente: propiedades eclesiásticas, también amortizadas, tierras cedidas para pastoreo comunal a los siervos, más tarde hombres libres, miembros del "manor" o unidad de población básica en la organización feudal, etc.

El prototipo de vinculación familiar es el mayorazgo castellano, a los que pueden asimilarse, en cierto modo, los fideicomisos aragoneses y catalanes. Los mayorazgos - (CASTAN Y DE LOS MOZOS, op. cit., 6, 3, pgs. 329 y sgs. - Madrid, 1971) eran una vinculación civil constituida por el llamamiento de una familia al goce perpétuo o temporal, según su especie, de bienes inmuebles determinados, con prohibición de enajenar. Eran abundantes sus clases. El mayorazgo regular, que era aquél para cuya sucesión había de observarse el orden establecido para la Corona, se caracterizaba, además de por las notas ya citadas de perpetuidad e inalienabilidad, por las de indivisibilidad e imprescriptibilidad. La aceptación de la nota de perpetuidad confiere a las vinculaciones familiares hispánicas - una rigidez amortizadora a la que en Derecho inglés puso límite la regla contra perpetuidades.

Aunque se trata de una institución de origen feudal, su uso no se generalizó hasta que las leyes de Toro (1505) permitieron la fundación de mayorazgos sobre el quinto libre de herencia y aún sobre la totalidad libre de ella, - si no había herederos forzosos. A partir de entonces, la fundación de nuevos mayorazgos aumentó rápidamente, tanto

por parte de la nobleza como de los plebeyos acomodados: burgueses y medianos propietarios rurales.

El cuadro de desventajas que acompañaba a los mayorazgos ofrece un claro paralelismo con el de las vinculaciones familiares inglesas. Solo los mayorazgos grandes eran una auténtica garantía contra la pobreza, ya que, - en muchos casos, el heredero de tierras vinculadas no obtenía, al mismo tiempo, el capital necesario para su explotación y para su mejora, encontrándose en la imposibilidad legal de hipotecar o vender parte de ellas para mejorar o, simplemente, para explotar las restantes. No podían, por otra parte, dar la tierra en enfiteusis, ni solían realizar contratos de arrendamiento a largo plazo, ya que el uso determinaba que al morir el propietario - del mayorazgo quedaban rotos los tratos que éste hubiese hecho, los cuales no obligaban ya a sus sucesores. En suma, se produjo una enorme acumulación de tierras en manos de mayorazgos, explotaciones en situación de abandono creciente y una mayor complejidad en el tráfico jurídico inmobiliario.

La solución al grave problema de los mayorazgos, - tras varios intentos fallidos que vieron la luz durante los siglos XVII y XVIII, fué, en consonancia con otros muchos acontecimientos de nuestra historia, sumamente radical. Las leyes desvinculadoras de 1820 y 1841 decretaron su abolición, así como la de los fideicomisos, patronatos y toda clase de vínculos familiares. Se hizo en dos tiempos: los poseedores pudieron disponer de la mitad de los bienes, reservando la otra mitad en favor del sucesor inmediato. Al amparo de estas leyes, las ventas tomaron gran incremento, con lo que tal forma de desamortización privada se realizó rápidamente y sin encontrar resistencia.

De una tradición de más de tres siglos se perdió todo vestigio en pocos años. Mientras que los ingleses optaron por la reforma del secular edificio de las vinculaciones familiares, adaptándolo a las necesidades de los tiempos nuevos, la sociedad española estimó preferible su casi completa demolición, optando por una filosofía inmobiliaria radicalmente liberal, especialmente en el ámbito de aplicación del Código civil. *

- o - o - o -

5.1. Generalidades.

El deseo de las clases dominantes de controlar el destino futuro de sus tierras, impidiendo su transmisión fuera del círculo familiar, lo que constituyó una de las características más acusadas de la vida social inglesa durante muchos siglos, ha sido un factor histórico de capital importancia en la configuración del Derecho inmobiliario inglés.

Aquél deseo, profundamente enraizado, impelía a los titulares de pertenencias legales plenas a la vinculación de su propiedad (settlement), en virtud de la cual ellos, además de retener dicha titularidad plena durante toda su vida, la apartaban de sus herederos tanto como fuera posible, reduciéndoles, uno tras otro, a la condición de titulares limitados. La doctrina inglesa de las pertenencias es el instrumento ideal para conseguir esta finalidad. La pertenencia plena y de duración indeterminada es desmontable en derechos de duración limitada, que pueden ser sucesivamente asignados a un grupo determinado de personas, con el resultado de que mientras duren tales derechos limitados no hay titular alguno facultado para disponer de la plenitud del dominio.

5.2. Vinculación estricta (strict settlement).

En una forma u otra, la vinculación de la propiedad era una práctica común desde los comienzos del siglo XIII: a lo largo de las dos centurias siguientes a la promulgación del Estatuto "De Donis Conditionalibus", en 1285, fue posible constituir una pertenencia limitadamente heredable (estate tail) que pasaba de un heredero a otro sin asumir nuevamente su configuración originaria de pertenencia plena (fee simple).

Estaba tan extendida la aspiración a conservar la integridad del patrimonio familiar, en favor de las generaciones futu

ras, que las tentativas que se hicieron a finales del siglo - XV para acabar con tan impolítico obstáculo al libre tráfico de los inmuebles resultaron fallidas. Ya en tiempos de la Restauración (reinado de Carlos II, que dió comienzo en 1660) la vinculación estricta (strict settlement) quedó configurada - tal como ahora se practica.

Supongamos, por ejemplo, que A, viudo y titular de una - pertenencia legal plena, decidiese disponer de sus tierras como dote en favor de su único hijo B, próximo a contraer matrinimonio, y de sus descendientes. A otorgaría una escritura de - vinculación en cuya virtud se constituiría a sí mismo y a su hijo B como titulares vitalicios de su pertenencia inmobiliaria, y después de establecer previsiones, para caso de necesidad, en favor de la viuda de B y de los hijos menores del matrimonio, instituiría en favor del mayor de los hijos de B, y de todos los demás, en su defecto y sucesivamente, la titularidad de la pertenencia limitadamente heredable (fee tail), - hasta tanto el 'instituido alcanzase la mayoría de edad. Este supuesto no es sino un ejemplo, pues en la práctica, la institución se prestaba a otras muchas variedades y combinaciones.

En disposiciones de la índole del ejemplo, la voluntad - de A de retener los bienes dentro del patrimonio familiar quedaba cumplida hasta tanto el primogénito de B alcanzase la mayoría de edad, en cuyo momento aquél se convertía en titular de una pertenencia plena siempre que hubiese adquirido también la posesión de las fincas por haber fallecido anteriormente su padre y su abuelo. Este último requisito no era preciso si el poseedor actual, padre o abuelo, y el hijo o nieto mayor actuaban de común acuerdo para que éste recuperase la - plena titularidad de derechos sobre el inmueble.

Curiosamente, esta posible colaboración servía con mucha frecuencia para prolongar la vinculación del patrimonio a la

familia, mediante la práctica de la revinculación (resettlement). El hijo o nieto en quién, a causa del convenio a que llegaba con su ascendiente poseedor, recaía la plena titularidad de derechos sobre el predio, vinculaba de nuevo la propiedad hasta que el primogénito de la segunda generación de sus descendientes alcanzase la mayoría de edad.

En el ámbito del Derecho común, cuyas normas, según sabemos, eran muy estrictas, poco juego pudo dar una institución dúctil y flexible en cuyo funcionamiento entraba la previsión de acontecimientos familiares a largo plazo, a los que se pretendía dar solución anticipada. A diferencia de lo que ocurría con las pertenencias legales, a las que por naturaleza sólo cabía imponer muy escasas limitaciones, el Canciller nunca restringió la posibilidad de limitar las pertenencias equitativas, incluso con previsiones para un futuro incierto y lejano.

La capacidad creativa de fórmulas jurídicas, fácilmente advertible en la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal de la Cancillería, incrementó grandemente la flexibilidad de la vinculación de la propiedad a través de la "facultad de decisión" (power of appointment). En virtud de la misma, el cedente fiduciario o fideicomitente podía reservarse, en su favor o en el de una tercera persona, la determinación, modificación o revocación ulterior de los términos a que había de ajustarse el fideicomiso constituido.

5.3. Inconvenientes de la propiedad vinculada y sus remedios.

Al lado de las ventajas que reúne la propiedad vinculada, en cuanto medio de defensa de un determinado sistema de organización familiar, no son pocos ni de escasa monta los efectos nocivos que, sobre la organización social en su conjunto, se le han imputado. Pueden reducirse a tres:

1º. Inalienabilidad de la propiedad inmobiliaria.

Es evidente que, a menos que sean impuestos ciertos límites temporales a la facultad de vincular la propiedad, es evidente que un habilidoso sistema de actos jurídicos vinculatorios, haciendo brotar, a voluntad del instituyente, nuevas titularidades o transfiriendo, en virtud de mecanismos - previstos, las ya creadas (springing and shifting uses), puede tener como resultado una prolongación excesiva de la inalienabilidad de las pertenencias plenas, paralizando el mercado inmobiliario en perjuicio de la comunidad social.

Contra este nocivo resultado lucharon, en todo momento, los Tribunales con medidas entre las que destaca la llamada "regla contra perpetuidades" (rule against perpetuities) en cuya virtud las nuevas o renovadas instituciones fideicomisarias, que entrañaban vinculación de la propiedad y que habrían de producir efecto ocurrido un determinado evento previsto por el instituyente, quedaban nulas si el acontecimiento previsto no se producía en el plazo máximo de veintidós años contados a partir del fallecimiento de alguna o algunas personas vivas al quedar instituida la vinculación.

2º. Progresivo empobrecimiento del patrimonio familiar.

El defecto capital del sistema de vinculaciones y revinculaciones de la propiedad inmobiliaria es la carencia, durante largos periodos de tiempo, de titular de todas las facultades inherentes a las pertenencias plenas, salvo previsiones especiales en la escritura de vinculación o en determinadas normas legales, como excepciones a tal principio general.

Faltando tales previsiones, lo que era normal, la persona que ostentaba las máximas facultades dominicales era el -

titular de la pertenencia limitada a su propia vida (life tenant). Fácil es imaginar la escasa actividad contractual que sobre sus fincas podía llevar semejante titular, ya que cualquier derecho adquirido por un tercero en base al suyo no podía prolongar su existencia más allá del fallecimiento del transmitente. El resultado de esto era que los predios así vinculados no eran, prácticamente, ni enajenables ni arrendables ni hipotecables, salvo en los supuestos excepcionales ya citados.

En términos generales, es exacta la afirmación de que el precio que había de pagarse por mantener la tierra vinculada a una familia era el ponerla fuera del comercio, quedando, muy a menudo, la explotación familiar agraria sin los recursos económicos necesarios para su desarrollo y mejora. La situación, grave de por sí para una economía de signo predominantemente rural, se hizo insostenible cuando, a comienzos del siglo pasado, un vasto proceso de industrialización originó una fuerte demanda de carbón y de otros minerales almacenados en el subsuelo de muchos de los predios vinculados.

Con objeto de facilitar e impulsar las transformaciones económicas y sociales necesarias para el establecimiento de una moderna sociedad industrial, cuyo proceso estaba ya en marcha, el Parlamento inició una dilatada actividad legislativa acrecentando las facultades y la prosperidad del titular de por vida.

Así, en los años cuarenta de la pasada centuria, se legisló facultando al referido titular para obtener préstamos con destino al saneamiento permanente de los predios, siendo la deuda contraída transmisible a los herederos. Más tarde, la Ley de Mejora de Fincas Rústicas (Improvement of Land Act) de 1864 facultó al titular de por vida a obtener, con la autorización del Ministerio de Agricultura, préstamos para me-

jorar las fincas, garantizándolos con éstas. En la misma línea estuvieron las Leyes de Viviendas y de Embalses de Propietarios Limitados (Limited Owners Residences Act y Limited Owners Reservoirs Act) de 1870-71 y 1877.

Además de estas leyes, de valor complementario, se aprobó en 1856, la Propiedad Vinculada (Settled Estates Act) en la que se contenía el germen de toda la legislación futura en la materia. Su finalidad fué la de facilitar los arrendamientos y ventas de la propiedad vinculada; tras numerosas enmiendas, fué sustituida por otra Ley de igual nombre promulgada en 1877. Esta última facultó a la División de la Cancillería del Alto Tribunal (Chancery División of the High Court) para que, con relación a la propiedad vinculada, autorizase permutas, ventas, parcelaciones y arrendamientos, de duración fija pero variable según la índole del predio. Importantes fueron sus repercusiones y aún habrían sido mayores si la previa autorización judicial no hubiera sido preceptiva.

Nueva y definitiva singladura legislativa constituyó la promulgación de la tercera de las leyes de Propiedad Vinculada, en 1882. El criterio básico que inspiró su redacción fué el de poner la plena disponibilidad de los inmuebles en manos del titular de por vida, dejando a su sola discreción, y sin necesidad de solicitar autorización alguna, las más amplias facultades para vender, arrendar, hipotecar y, en general, disponer de su propiedad. Tales poderes eran independientes de la vinculación y no podían ser restringidos por ella, pero estaban sujetos a determinadas previsiones legales, destinadas a proteger a todos los interesados en la misma y a evitar que el titular de por vida obtuviese beneficios abusivos.

La Ley de 1882 fué, en cuestiones de detalle, modificada en numerosas ocasiones, pero la política legislativa seguida por ella resitió firmemente la siempre difícil prueba del tiempo y aunque fué sustituida, en 1925, por otra ley de igual nombre sus criterios, en lo esencial, continúan regulando los derechos y obligaciones de los titulares vitalicios de las pertenencias vinculadas.

3º. Mayor complejidad en la contratación inmobiliaria.

El recrudecimiento del complicado sistema de contratación inmobiliaria es la tercera desventaja que se esgrime en contra del sistema de propiedad vinculada. Tanto si la facultad de disponer de la pertenencia plena se otorgaba al titular vitalicio por disposición negocial como por precepto legal, la norma común era que su ejercicio no producía efectos a menos que todos los requisitos que lo condicionaban fueran escrupulosamente observados. La dificultad para efectuar la comprobación podía ser enorme cuando la facultad dispositiva tenía origen negocial, obligando al vendedor a resumir todas las escrituras en que se contuviera la vinculación (que podrían ser muchas y de muy diversas épocas) y al comprador a investigarlas.

Con objeto de orillar tanta complejidad contractual, se arbitró, primero en la práctica y de ella pasó al texto de la Ley de 1882, el uso de no pagar el precio de la transacción al titular vitalicio sino al fiduciario de la vinculación -al menos a dos de ellos- o depositar judicialmente su importe (doctrine of overreaching). Hecho esto, el adquirente recibía el inmueble libre de toda responsabilidad por razón de los derechos de los beneficiarios. Con relación a estos derechos se operaba una subrogación real: su objeto se trasladaba de los predios al dinero.

5.4. Fideicomiso para venta (trust for sale).

Hasta ahora hemos centrado nuestra atención en la vinculación estricta (strict settlement). Aún siendo su finalidad vinculatoria similar a la del fideicomiso para venta (trust for sale), desde el punto de vista técnico-jurídico éste último es un medio de vincular la propiedad sensiblemente diferente de aquél otro. Durante más de cinco siglos apareció - muy frecuentemente en los testamentos y desde comienzos del siglo XIX comenzó a constituirse en negocios jurídicos "inter vivos", llegando, en la actualidad, a desplazar casi por completo a la vinculación estricta.

Solía instrumentarse en dos escrituras separadas, aunque ello no era estrictamente necesario, por lo que las dos principales cláusulas de tal fideicomiso podían aparecer reunidas en una misma escritura.

En la primera de dichas escrituras se transmitía, y transmite, la pertenencia plena y de duración indeterminada (fee simple) a los fiduciarios (trustees), sujeta a fideicomiso y ordenándoles la venta del derecho en su plenitud, pero imponiéndoles la obligación de conservar y distribuir, en su momento, el capital resultante de la venta, así como las rentas y beneficios obtenidos del inmueble.

En la segunda escritura se suelen establecer previsiones en cuya virtud, fallecido él o los fideicomitentes (por ejemplo, los cónyuges en el supuesto muy común de fideicomiso matrimonial) el capital debe distribuirse entre los hijos y otros descendientes del matrimonio, según cuotas determinadas por los constituyentes y en partes iguales a falta de previsión expresa.

. . De acuerdo con doctrinas acuñadas en el ámbito de la - Equidad, la solemnización de escrituras de tal índole entraña la conversión de tierras en dinero, cualquiera que sea la fecha en que tal evento llegue efectivamente a producirse, por lo que ha de hablarse de vinculación de propiedad personal y no real.

La investigación del título, con ocasión de la venta realizada por los fiduciarios, no ofrece tanta complicación como la que ha de realizarse cuando el vendedor es un titular de por vida en caso de vinculación estricta. El adquirente de predios afectos a fideicomiso para venta ha de cerciorarse únicamente de que el fiduciario esté efectivamente facultado para vender, pudiendo despreocuparse de los derechos de los fideicomisarios o beneficiarios siempre que hubiese satisfecho el precio conjuntamente a dos fiduciarios. La doctrina de la consignación (overreaching) tiene aquí una aplicación consustancias con la naturaleza de la institución que nos ocupa, y no meramente accidental o como solución extema habilitada por la práctica, cual sucede cuando la venta la lleva a efecto el titular de por vida en un supuesto de vinculación estricta. Por consiguiente, en el fideicomiso para venta el adquirente, cuando paga al menos a dos fiduciarios, queda automáticamente exonerado de toda responsabilidad derivada de incorrecta aplicación del dinero en que eventualmente puedan incurrir los fiduciarios.

Como resumen de cuanto llevamos dicho sobre la propiedad vinculada, hemos de poner de relieve que los dos sistemas para llevarla a efecto, responden a sendas finalidades que son sólo paralelas y no plenamente coincidentes. La vinculación estricta es apropiada cuando el propósito que anima a quién vincula la tierra es el de fundar una familia o el de preservar en su ámbito la posesión de las pertenencias.

cias familiares. Por su parte, el fideicomiso para venta es aconsejable cuando no se pretende que la propiedad inmobiliaria continúe en la familia, considerándola simplemente como inversión y fuente de renta en beneficio de los fideicomisarios, entre los que finalmente se divide el capital, comunmente por partes iguales, en que se transforma el predio, por subrogación real producto de la venta y de la acumulación de rentas.

6. LA SIMPLIFICACION DEL DERECHO INMOBILIARIO SUSTANTIVO.

- o - o - o -

* La dinamización que la sociedad inglesa experimentó a resultas de la Primera Guerra Mundial, fué el detonador de la más completa operación de reforma que haya sufrido el Derecho inmobiliario inglés a lo largo de toda su historia. Destaca en ella su origen tardío, ya que se produjo casi un siglo después que los movimientos paralelos habidos en los principales países del Continente.

Se materializó en un importante abanico de leyes promulgadas entre 1922 y 1925, cuya finalidad última consistió en simplificar la contratación inmobiliaria a través de una previa e inexcusable tarea de clarificación del Derecho inmobiliario sustantivo. El planteamiento era correcto, pues sin una remodelación de las instituciones inmobiliarias hubiera resultado inútil cualquier tentativa de agilizar su tráfico jurídico.

La modernización del Derecho inmobiliario sustantivo llevose a cabo con sujeción a las siguientes directrices: subsistencia de una sola modalidad de tenencia, aproximación del régimen de la propiedad personal y de la real, reducción del número de pertenencias y derechos legales (como veremos en el apartado siguiente) y abolición de ciertos anacronismos, particularmente del sistema de Derecho común.

La única modalidad de tenencia que respetó el legislador de 1925 fué la cesión feudal (socage). La supresión de las tenencias judicialmente registradas -

(copyhold tenure) no arrastró la de determinados derechos accesorios de carácter feudal (manorial incidents) ligados a ellas por su origen, que en algún caso subsistieron, salvo acuerdo en común de las partes, y en otros se suprimieron mediante pagos compensatorios en metálico.

El acercamiento de los regímenes jurídicos de la propiedad personal y de la real estuvo inspirado en un propósito unificador, de realización solo parcialmente posible, cuyas líneas maestras fueron: 1ª tomar como base o patrón del proceso asimilatorio el régimen de la propiedad personal, extendiéndolo al campo inmobiliario y 2ª ubicar en éste la llamada propiedad personal-real (chattels real) cuyo componente único son las pertenencias menos plenas o arrendamientos reales (estates less than freehold or leaseholds), poniendo prácticamente fin a muchos siglos de artificioso emplazamiento de esta institución en el ámbito de la propiedad personal; el movimiento de aproximación entre ambos sistemas de normas experimentó un nuevo y definitivo impulso por efecto de la reforma inmobiliaria de 1922-1925, pero sus orígenes son muy anteriores a ella, remontándose, en algunos de sus aspectos, a los siglos XVI y XVII.

La modernización del Derecho de propiedad en España fué obra también de una generación curtida y concienzada por la guerra que, tras derrotar al enemigo napoleónico en el campo de batalla, tomó de sus manos el estandarte liberal y bajo su amparo inició una etapa de reforma sociales plena de vicisitudes, no siempre favorables. El paralelismo de circunstancias históricas previas a ambas reformas inmobiliarias no ha de estimarse puramente casual. Por el contrario, son hechos que parecen de-

mostrar la existencia de una ley histórica según la -
cual los acontecimientos bélicos provocan en los pue -
blos que los protagonizan una crisis de identidad, que
se traduce en poderosos ímpetus reformistas, cuando no
revolucionarios.

En nuestra Patria, el siglo XIX se caracteriza -
(CASTAN, op. cit. 2, 1, págs. 88 y sgs.) por una fuer -
te reacción a favor de la propiedad individual, de la
cual son reflejo, además de las leyes desvinculadoras,
comentadas ya en el apartado anterior, las siguientes
disposiciones:

1º. El Decreto sobre cierre de fincas rústicas de
1813, que las declaró acotadas a perpetuidad para libe -
rarlas del efecto, tantas veces devastador, de los an -
tiguos usos comunales establecidos en beneficio de la
ganadería.

2º. El Decreto sobre señoríos de 1811, que partien -
do de la distinción entre los señoríos jurisdicciona -
les, en los cuales correspondía a los señores, por con -
cesión de los Monarcas o por costumbre, el derecho de
administrar justicia, y los territoriales o solariegos,
dispuso la incorporación a la nación de los primeros y
la consideración de propiedad particular de los segun -
dos. Declaró abolidos, asimismo, los dictados de seño -
res y vasallos y todas las prestaciones provenientes -
de título jurisdiccional, y consideró contratos de par -
ticular a particular todos los convenios sobre aprove -
chamiento de tierras celebrados entre los llamados se -
ñores y vasallos. Igualmente abolió los privilegios y
prestaciones señoriales, mediante indemnización, siem -
pre que procediesen de título oneroso o que se poseye -
ran por recompensa de grandes servicios reconocidos.

32. Las leyes desamortizadoras de carácter civil y eclesiástico (especialmente la fundamental de 1 de mayo de 1855) que declararon en estado de venta, sin perjuicio de las cargas y servidumbres a que legítimamente estuvieren sujetos, todos los inmuebles pertenecientes al Estado, al Clero, a las Ordenes militares, a las Cofradías, obras pías, a los propios y comunes de los pueblos, a la beneficencia, instrucción pública y cualesquiera otros de manos muertas.

Quedó, de este modo, definido el derecho de propiedad territorial en sus rasgos esenciales, que más adelante reproduciría el Código civil. Los intentos reformistas posteriores, más o menos audaces -Segunda República, Estado surgido de la contienda civil- actuaron dentro del esquema de propiedad territorial que cristalizó definitivamente en el Código de 1889. *

- o - o - o -

6.1. Circunstancias históricas y líneas generales.

En época todavía reciente, la del periodo de paz que siguió a la Guerra europea de 1914, el Derecho inmobiliario inglés conservaba muchas características que, a juicio de una generación que se consideraba llamada a capitanear una profunda renovación de la vida del país, aparecían como obsoletas e innecesariamente complicadas.

El principal cometido de la legislación de 1925 fué el de simplificar la contratación inmobiliaria, facilitando y abaratando la transmisión de la tierra. Se consideró, no obstante, que para conseguirlo la tarea preliminar indispensable era la simplificación del Derecho inmobiliario sustantivo, puesto que difícilmente podría modernizarse un sistema de transmisión de inmuebles si su objeto continuaba gobernado por estériles y anticuadas normas. Un análisis global de la legislación de 1925 requiere que ambos aspectos, sustantivo y adjetivo, sean tomados en consideración.

Con relación al primero de ellos, ya sabemos que antes de 1925 los derechos sobre la tierra estaban comprendidos en tres diferentes sectores normativos: el de las tenencias, el de las pertenencias plenas y el de las pertenencias menores plenas. En los dos primeros había, según hemos tenido ocasión de comprobar, abundancia de modalidades y dentro de ellas importantes divergencias normativas.

La solución obvia, que fué la adoptada por el legislador, consistió en reducir a una sola las formas de tenencia, cesión feudal (socage), asimilar al máximo posible la normativa de la propiedad real inmobiliaria y la propiedad personal-real (real property and chattels real) como parte de una política de aproximación de los regímenes de la propie-

dad real y la personal, y abolir ciertos anacronismos del sistema inmobiliario del Derecho común.

6.1.1. Subsistencia de una sola modalidad de tenencia.

Al estudiar con algún detalle el sistema de tenencias (v. 3 del presente capítulo) aludimos al proceso histórico seguido por sus varias modalidades que, considerado en su conjunto, desembocó en una gradual pero continua reducción del número posible de ellas, proceso que, a pesar de estar muy avanzado antes de 1926, sólo quedó ultimado en esta fecha.

Soslayaremos el estudio pormenorizado de las múltiples vicisitudes de tan largo proceso abolutario. Bástenos con saber que el 1º de Enero de 1926 la única modalidad de tenencia subsistente era la cesión feudal (socage tenure).

No obstante, la desaparición, en esa fecha, de las tenencias judicialmente registradas (copyhold tenure) no podía provocar automáticamente la extinción de determinados derechos accesorios de carácter feudal (manorial incidents) ligados en su origen a la organización de los señoríos feudales (manors), derechos cuya titularidad podía corresponder tanto a señores como a vasallos y cuya existencia nos es conocida a través de lo dicho en el apartado 3.1.3. de este mismo capítulo.

Las soluciones, alternativamente seguidas, de subsistencia o abolición de tales derechos se basó en una clasificación tripartita de los mismos.

El primer grupo de la clasificación lo integraron aquellos derechos totalmente anacrónicos (p. ej. confiscación por disponer de las fincas sin autorización del señor) que

fueron abolidos de inmediato a cambio de un pago compensatorio por una sola vez.

El segundo elemento de la clasificación quedó compuesto por aquellos derechos cuyo valor pecuniario se mantenía claramente definido (p. ej. compensación monetaria -reliefs- pagadera por los herederos del detentador fallecido para - subrogarse en su derecho) cuya subsistencia quedó momentáneamente a salvo, si bien se estableció que deberían quedar extinguidos previa compensación económica fijada por acuerdo entre las partes y, en su defecto, por resolución del Ministerio de Agricultura y Pesca, a petición de cualquiera - de los interesados. Para acudir al Ministerio se fijó como fecha tope, después de una prórroga motivada por la Segunda Guerra Mundial, la del 1º de noviembre de 1950.

El último grupo de la clasificación lo forman aquellos s derechos accesorios cuya subsistencia se mantiene indefinidamente, a menos que las partes, de común acuerdo, convengan su extinción, Son éstos:

- a) derechos comunales cuya titularidad esá atribuida a quienes detentan la tierra (p. ej. derecho a pasto - rear con sus ganados en determinados terrenos baldios).
- b) derechos del señor o del titular de la tenencia sobre minas, minerales, gravas, pozos o canteras, en o bajo tierra,
- c) derechos señoriales en cuanto a ferias, mercados y - prácticas deportivas, y
- d) todas las obligaciones de carácter real referentes a la construcción, reparación, mantenimiento y limpieza de presas, acequias, canales, diques marítimos y fluviales, puentes, caminos, etc.

6.1.2. Asimilación del régimen de la propiedad personal y de la real.

Originalmente, según hemos podido comprobar en diferentes ocasiones a lo largo de nuestra exposición, existían importantes divergencias entre el régimen jurídico de la propiedad personal y la real, pero al mismo tiempo se podía apreciar la presencia de una corriente de origen remoto, orientada a unificar sus respectivas normas sobre la base, principalmente, del patrón de la propiedad personal. Por su parte, la legislación de 1925 procuró completar un proceso asimilador que estaba ya bastante avanzado. Para una mayor claridad expositiva conviene distinguir entre materias cuya asimilación estaba conseguida en dicha fecha de otras en las que se alcanzó a partir de ella.

Entre las primeras cabe reseñar las siguientes:

a) Protección posesoria. La antigua regla, según la cual la posesión de las pertenencias menos plenas (lease -- holds), a diferencia de lo que ocurría con las plenas (free holds), no era específicamente recuperable, dejó de ser rigurosamente cierta a mediados del siglo XV, llegándose a una completa asimilación en el XVII.

b) Disponibilidad testamentaria. Si siempre fué posible disponer mediante testamento de la propiedad personal-real (chattels reals) y demás formas de propiedad personal, no ocurría otro tanto con las pertenencias plenas, en virtud de prohibición expresa del Derecho común. La prohibición fué parcialmente removida por el Estatuto de Testamentos (Statute of Wills) de 1540 y definitivamente suprimida en 1660 por el Estatuto de Abolición de las Tenencias Militares (Statute for the Abolition of Military Tenures).

c) Responsabilidad patrimonial por deudas. El principio de responsabilidad patrimonial universal no estable - plenamente admitido. Si bien, desde antiguo, todas las modalidades de propiedad personal, inclusión hecha de las - pertenencias menos plenas, quedaban afectas al pago de las deudas del deudor fallecido, esta norma no era aplicable - cuando se trataba de propiedad real, que era inembargable, por razón de deudas del causante, cuando su titularidad pasaba al heredero. Tras un lento proceso histórico, la generalización del principio de responsabilidad patrimonial - universal, quedó consumada antes de 1926.

A partir de 1925 la asimilación quedó establecida en estas materias:

a) Naturaleza y contenido de los derechos sobre ambas formas de propiedad. Según el Derecho en vigor antes de la indicada fecha, sobre la propiedad real era posible crear pertenencias legales y equitativas en todas sus modalidades, bien aisladamente o de forma sucesiva, encadenándolas mediante fideicomisos "inter vivos", así como cualquier - otra modalidad de derecho real inmobiliario. Diferente era la situación en lo concerniente a la propiedad personal, - incluida la propiedad personal-real (chattels real) los - cuales solo admitían, en Derecho común y como norma general, la titularidad del derecho en forma plena e ilimitada; quedaban, por tanto, al margen de la doctrina de las pertenencias y no podían dividirse en derechos cronológicamente sucesivos. Admitían, en determinados casos, la posibilidad - de pertenencias equitativas de existencia sucesiva y, ex-cepcionalmente, las legales limitadas a la vida del titular.

La asimilación en cuanto a la naturaleza y contenido de una y otra clase de propiedad quedó establecida en la -

Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, con efectos a partir del 1º de Enero de 1926. Dispuso dicho texto legal que la propiedad personal era susceptible de - pertenencias limitadamente heredables (entail), mediante - vinculación, así como de toda clase de pertenencias vitalicias. Además, se determinó en tal texto que tanto los derechos de sucesión limitada como los de duración vitalicia, - ~~así reales como~~ personales, no podían, en lo sucesivo, subsistir como pertenencias legales sino únicamente como equitativas.

b) Sucesión intestada. Hasta 1925, quizá la más chocante diferencia entre propiedad personal y real residía en - las reglas relativas a su transmisión y distribución en caso de sucesión intestada. Sin entrar en detalles, innecesarios, dada la finalidad de nuestro estudio y que sería muy difícil sintetizar en breve espacio, dejemos constancia de que ambos sistemas del antiguo Derecho fueron sustituidos, salvo alguna aislada excepción, por un sistema común que comenzó a regir después de 1925.

c) Prelación de bienes en su aplicación al pago de deudas. Las antiguas normas en esta materia representaban otra diferencia entre propiedad personal y real, puesto que únicamente después de aplicada la propiedad personal a la satisfacción de las deudas podía pretenderse su ejecución contra la propiedad real. En la actualidad, la Ley de Administración de Pertenencias de 1925 ha declarado ambas clases - de bienes igualmente afectas al pago de las deudas de sus titulares.

d) Supresión de términos técnicos para transmitir las pertenencias plenas. Hasta que entró en vigor la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, los contratos para transmitir -

la titularidad de las pertenencias plenas debían utilizar - términos técnicos específicos cuya ausencia equivalía a - transmitir una pertenencia vitalicia (life estate). A par - tir de la indicada fecha, esta necesidad ha quedado abolida de tal modo que la ausencia de tales términos técnicos no - impide la transmisión de la pertenencia plena, a no ser que la voluntad contraria de los contratantes quede claramente manifestada.

e) La creación de hipotecas de Derecho común (legal - mortgages). Con anterioridad a la reforma legislativa que - comenzó a regir en 1926, la hipoteca de una pertenencia plena se constituía transmitiéndola al hipotecante con pacto - de retro, pero cuando el objeto de la hipoteca era una per - tenencia menos plena o arrendamiento real por tiempo deter - minado, la hipoteca se constituía mediante un subarriendo. Actualmente, la segunda de estas prácticas subsiste y la - primera ha sido prohibida; la hipoteca de una pertenencia - plena se constituye ahora a través de la creación de una menos plena y de duración determinada o determinable.

En definitiva, la asimilación de las normas aplicables a ambas clases de pertenencias se ha consumado hasta donde ha sido posible. Subsisten, no obstante, determinadas dife - rencias puesto que responden a la naturaleza física profun - damente diversa de una y otra clase de propiedad. Así, por ejemplo, la transmisión de derechos sobre la propiedad per - sonal está libre de la complejidad que caracteriza al sistema de transmisión de la propiedad real y las servidumbres de uso (easements) y de disfrute (profits) son viables sobre propiedad real pero no sobre la personal.

6.1.3. La abolición de ciertos anacronismos.

Uno de los aspectos concomitantes con la simplificación del sistema jurídico inmobiliario fué la abolición de ciertas reglas y doctrinas jurisprudenciales sobre propiedad real, que habían sido introducidas para preservar importantes principios en tiempos del feudalismo, pero que en 1925 no tenían otro valor ni más significado que el de inútiles anacronismos.

Tales derogaciones aparecen desperdigadas en las varias leyes que llevaron a cabo la compleja reforma del Derecho inmobiliario en 1925 y no vamos a exponerlas ahora puesto que, dada su heterogénea naturaleza, nos veríamos obligados a hacerlo de forma asistemática. Ya irán saliendo cuando estudiemos cada una de las instituciones del Derecho inmobiliario inglés.

7. LA SIMPLIFICACION DE LA CONTRATACION INMOBILIARIA.

- o - o - o -

* Muy pocos sistemas inmobiliarios habrán sentido - de forma más apremiante que el inglés, la necesidad de instrumentar la publicidad registral como medio de hacer más ágiles y menos arriesgadas las relaciones entre adquirentes y transmitentes de derechos reales inmobiliarios. Esta fué la idea-fuerza que impulsó el movimiento de reforma legislativa iniciado en 1922 y cuya finalidad última es la implantación, en todo el país, de un sistema de contratación de inmuebles de constancia registral obligatoria.

Vista la imposibilidad de instaurar simultáneamente, en todo el ámbito nacional, un sistema de registro de aplicación universal y sumamente complejo, para lo que se precisa una ingente movilización de recursos humanos y amplias disponibilidades económicas, el Parlamento optó por un método de progresiva expansión geográfica de la reforma. Aceptó, con ello, la existencia, de un dilatado periodo de interinidad hasta su plena ejecución, que aún permanece inacabada, si bien afecta ya a más de la mitad de las fincas a las que va dirigida. Consecuencia de este planteamiento fué la clasificación de la propiedad territorial en dos grandes categorías: inmuebles de contratación no registrable e inmuebles de contratación registrable. Para cada una de ellas se dictaron normas propias, así como otras de validez general, la principal de las cuales consistió en la reducción del número de las pertenencias y derechos reales legales.

Como pertenencias legales subsistieron tan solo - dos que, con un léxico ligeramente renovado, se denomi- nan: pertenencia plena y absoluta en posesión (fee sim- ple absolute in possession) y pertenencia menos plena, absoluta y de duración determinada (term of years abso- lute), es decir, los antiguos "freeholds", en su moda- lidad principal, y "leaseholds". Junto a ellas alineá- ronse, como únicas especies de "iura in re aliena" (in- terests de carácter legal, las siguientes: servidumbres de uso (easements) y de disfrute (profits a prendre) - rentas censales (rentcharges) afecciones en pago con - fuerza de hipoteca legal (charge by way of legal mort- gage) y cualquier carga similar sobre inmuebles no - creadas en virtud de negocio jurídico, como las "land tax" o modalidad de contribución territorial abolida - en 1936 y las "tithe rentcharge" o censo del diezmo - eclesiástico, cuya supresión también está prevista.

Las restantes pertenencias (limitadamente hereda- bles, vitalicias) así como todo otro derecho o carga - real sobre inmuebles pueden existir únicamente en for- ma de derechos equitativos, pero no legales.

El criterio que preside la formulación del bino - mio pertenencias y derechos legales y pertenencias y - derechos equitativos, que se inclina por una defini- -- ción taxativa de los primeros y por una configuración genérica de los últimos, constituye un claro indicio - de la voluntad del legislador de utilizar la horma del "numerus clausus" para los de eficacia plena -que son los legales- adoptando la posición más liberal del "nu- merus apertus" para los equitativos, a los que atribu- ye -como sabemos- una eficacia jurídica subordinada a

la de los derechos integrantes del primer término de la clasificación. Nos hallamos, en suma, ante un sistema muy original, de carácter mixto, puesto que dá acogida a ambos principios.

Nuestro Derecho positivo parte de unos textos legales ante cuyo tenor literal parece indiscutible la aceptación rotunda del sistema de "numerus apertus", en cuanto a la creación de derechos reales no contemplados por el legislador. El inciso final, "... y otros cualesquiera reales", del art. 2º, número 2º de la Ley Hipotecaria con el que se clausura la enumeración de los que son inscribibles en el Registro de la Propiedad, es demostrativo de una postura liberal definitivamente consolidada por obra del art. 7 del Reglamento Hipotecario. Según este precepto, deberán inscribirse no sólo el dominio y demás derechos reales mencionados en la Ley sino "cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales".

No obstante la diáfana posición del legislador, un importante y prestigioso sector de la doctrina española (CASTAN, op. cit. 2, 1, págs. 55 y sgs.; PUIG BRUTAU, op. cit. III, 1º pgs. 35 y sgs. y ROCA SASTRE, op. cit. II, págs. 635 y sgs., entre otros) se muestra poco propicio a aceptar que en Derecho español rijan el principio del "numerus apertus" creyendo ver en la jurisprudencia de la Dirección de los Registros un sólido apoyo a la interpretación restrictiva que patrocina

nan para aquellos preceptos.. Lo que el legislador ha -
querido, dicen, es que dentro de los derechos nomina -
dos o típicos tengan cabida cuantas modalidades y limi -
taciones puedan exigir las conveniencias económicas de
los contratantes. El legislador, añaden, se limita, en
definitiva, a señalar que no existe prohibición legal
para la creación de derechos reales innominados o atí -
picos, pero si existe imposibilidad institucional para
ello, porque en materia de derechos inmobiliarios la -
autonomía de la voluntad está sujeta a límites muy es -
trechos que se derivan de la peculiar naturaleza de -
aquellos y de la obligada protección de los intereses de
los terceros, dado que la relación jurídica inmobilia -
ria se establece entre el titular del derecho y la so -
ciedad en su conjunto.

Adoptando una posición doctrinal de mayor fideli -
dad a los textos legales, otros autores (ALBALADEJO, -
op. cit. III, 1º, pgs. 28 y sgs.) llegan a la conclu -
sión de que los particulares pueden establecer dere -
chos reales atípicos, sin dejar de reconocer que en la
práctica es difícil crear figuras absolutamente nuevas
de derecho real (y no meros subtipos, englobables en -
alguno típico) dado que los existentes abarcan de he -
cho los poderes que se usan sobre las cosas. Ahora -
bien, el crear derechos reales depende de la voluntad
de los interesados pero en el sentido de que tienen fa -
cultad para querer un poder directo e inmediato sobre
la cosa, más no de que puedan querer como derecho real
un poder que objetivamente no sea directo e inmedia to
sobre la misma.

Hay, pues, una evidente aproximación práctica en -
tre ambas posiciones doctrinales antagónicas, cuyas -

lanzas se tornan cañas cuando unánimemente se reconoce la dificultad, que tampoco es ajena al Derecho inglés, de crear derechos reales completamente nuevos. La abolición del criterio permisivo, que preconizan los partidarios del sistema de "numerus clausus" es, sin embargo, totalmente inconciliable con la postura de los que propugnan el "numerus apertus". El planteamiento absolutista de aquellos no puede merecer un juicio favorable por cuanto significa ignorancia de la capacidad creadora de nuevas instituciones jurídicas de que goza toda sociedad tan compleja y dinámica como la nuestra. Finalmente, hay que tener presente la diferente eficacia jurídica que el sistema español y el inglés atribuyen a los derechos reales atípicos. Mientras que en el nuestro están en pie de igualdad con los típicos, en Derecho inglés su eficacia jurídica es menor puesto que la atipicidad únicamente es posible en el ámbito de la Equidad.

La contratación no registrable de los derechos inmobiliarios, a pesar del papel intrínsecamente transitorio que le asignó el legislador reformista, fué objeto de importantes medidas orientadas a simplificar y racionalizar sus mecanismos. Además del fortalecimiento de la pertenencia legal, y de su titularidad, como base de la contratación inmobiliaria, y de la confirmación plena de la consignación liberatoria del precio (overreaching) como dispositivo para que los compradores de pertenencias gravadas con vinculaciones o fideicomisos para venta puedan adquirir, sin la limitación representada por estos gravámenes, hemos de citar, como la principal de todas las previsiones adoptadas, la

creación de un sistema registral de cargas inmobiliarias cuya sede es el Departamento de Cargas Reales - del Registro Inmobiliario de Plymouth. Hay numerosos - derechos reales equitativos que en él pueden y deb en inscribirse. Su inscripción implica conocimiento general, por aplicación del principio de publicidad registral, y su omisión hace que tales derechos sean totalmente ineficaces frente al adquirente, a título oneroso, de la pertenencia legal sobre la que recaigan, - siendo irrelevante, a estos efectos, el conocimiento o desconocimiento efectivo que de la existencia de la carga tenga el adquirente. Por este camino, el requisito de la buena fe, que necesariamente había de concurrir en el adquirente de la pertenencia legal que - pretendiese eludir la eficacia de los derechos equitativos existentes sobre ella, pierde todo contenido - subjetivo y es reemplazado por el juego de unos mecanismos registrales que se habilitan con fines informativos.

La piedra angular de la reforma inmobiliaria a - través de cuyo cauce ha de discurrir en el futuro el caudal de la contratación inmobiliaria del país, es - el Registro de Títulos. El sistema registral inglés - tiene, como notas extrínsecas, su valor permanente y su vocación universal (inscripción obligatoria de todas las pertenencias) y como principales rasgos intrínsecos, la inatacabilidad de lo registrado, salvo excepciones tasadas, el rol activo del Registrador - que, en nombre del Estado garantiza las varias clases de títulos posibles respecto a ambas clases de pertenencias, , la organización en base al sistema de folio real y un amplio valor informativo que abarca a

la mayoría de las cargas inmobiliarias existentes, aunque no a su totalidad.

La dualidad transitoria de instituciones registrales constituye una peculiaridad del Derecho inglés del que no hay rastro alguno en nuestro Derecho. Extrinsicamente, el Registro de la Propiedad en España nació - también con vocación de permanencia y universalidad, - atenuada esta última por cuanto la inscripción es voluntaria. Intrínsecamente, los puntos de mayor coincidencia entre ambas instituciones registrales son la - adopción del sistema de folio real y la posibilidad de que a través del Registro puedan conocerse la mayoría de las cargas inmobiliarias. Por lo demás, el Registrador español asume un papel más pasivo, porque coopera únicamente en la constitución de las hipotecas, y el Estado tampoco garantiza la exactitud del contenido - de los libros del Registro, si bien ésta se presume, - salvo prueba en contrario a cargo de quien la impugne. La presunción de exactitud es absoluta en favor del - tercer adquirente a título oneroso y de buena fe de - quién, según el Registro, tenga facultades para transmitir. *

- o - o - o -

No es posible un estudio unitario de este tema, que - fue el "leit-motiv" de la reforma legislativa de 1925, ya que las normas sobre el particular varían mucho según se trate de contratación registrable o no registrable. Expondremos a continuación las líneas maestras de ambos sistemas, sin perjuicio de volver sobre el tema, en una perspectiva actual más detallada, a lo largo de la parte IV del capítulo III.

7.1. Contratación inmobiliaria no registrable.

Em la aplicación de este sistema, el adquirente de una pertenencia u otro derecho real inmobiliario ha de investigar, aceptando la consiguiente responsabilidad, dos hechos fundamentales para la firmeza de su adquisición: la efectiva titularidad del derecho en quien se lo transmite y la ausencia de cargas en favor de terceras personas, tales como servidumbres de paso, prohibiciones de edificar, pertenencias equitativas, etc. que puedan mermar el contenido de su adquisición. La legislación de 1925 prestó atención preferente a este segundo aspecto, dejando el primero apenas intacto. La medida en que un adquirente queda afectado por tales cargas ha sido estudiada en el apartado 4.4. del capítulo que nos ocupa, al establecer la fundamental distinción entre pertenencia legal y pertenencia equitativa, y a él nos remitimos.

Las modificaciones introducidas en este sistema por la legislación de 1925 son, en síntesis, las que seguidamente exponemos.

7.1.1. Reducción del número de las pertenencias legales.

Al amparo del sistema de normas vigentes hasta 1925, cualquier derecho real inmobiliario, con independencia de

su contenido, podía ser legal o equitativo. La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 redujo las modalidades posibles de pertenencias legales, tanto si su contratación era o no registrable, exclusivamente a dos: la pertenencia plena y absoluta en posesión (fee simple absolute in possession) y la pertenencia menos plena, absoluta y de duración determinada (term of years absolute), es decir, los antiguos "freeholds", en su modalidad principal, y "leaseholds". El titular de es tos derechos recibe, según el texto de la ley, la denominación de dueño de la pertenencia (estate owner).

Todas las demás pertenencias, derechos y cargas reales sobre inmuebles, con excepción de los enumerados en la sección I (2) de la Ley citada, pueden subsistir únicamente en el ámbito de la Equidad pero no en el del Derecho común. La excepción del párrafo 2 de la Sección I acoge a derechos - equivalentes a algunos de nuestros derechos reales restringidos o limitativos del dominio cuya titularidad ostentan - terceras personas, es decir, sujetos distintos del titular de la pertenencia. Del estudio de todos ellos, puntualizando su naturaleza legal o equitativa, nos ocuparemos ampliamente en los capítulos III y IV del presente trabajo. Baste ahora con enumerarlos:

1) Servidumbres, facultades o privilegios en o sobre inmuebles (an easement, right, or privilege in or over land). En este apartado se incluyen las servidumbres de uso (p. ej. - de paso, de aguas, de luces y vistas) y las servidumbres de disfrute (profits a prendre) que permiten obtener determinados beneficios de los fundos ajenos, como leñas, pastos, - pesca, madera, etc.

2) Rentas censales o censos (a rentcharge in possession - issuing out of or charged on land) que son derechos que, in

dependientemente de cualquier arrendamiento real (leaseholds interest) o hipoteca, conceden a su titular la facultad de - obtener una suma periódica de dinero, con cuyo pago quedan - gravados determinados predios.

3) Afecciones en pago con fuerza de hipoteca legal (a charge by way of legal mortgage), que es una de las modalidades de creación de hipoteca sin necesidad de constituir un arrendamiento real con fines de garantía.

4) ... Y cualquier otra carga similar sobre inmuebles no - creadas en virtud de negocio jurídico (... and any other similar charge on land which is not created by on instrument). Comprende pagos periódicos con los que el suelo está gravado por disposición legal y no en virtud de negocio jurídico. - Inicialmente, este apartado se iniciaba con la enunciación - de dos cargas denominadas "land tax" y "tithe rentcharge" - que han sido abolidas recientemente. La primera de ellas era una módica contribución inmobiliaria anual, nacida en 1692, elevada al rango de perpetua en 1798 y derogada en 1963. La segunda era un diezmo del producto de las fincas, a favor de las Parroquias, que ha sido abolida por la Ley de Diezmos de 1936, que la ha sustituido por anualidades pagables durante 60 años, transcurridos los cuales la obligación de pago -y la carga real que la garantiza- se extinguen.

5) Derechos de reversión (rights of entry) ejercitables por los titulares de la pertenencia plena respecto a pertenencias menos plenas, (terms of years absolute) o censos (rent - charges) en el supuesto de que el arrendatario o censatario no paguen las rentas pactadas.

La Ley, al distinguir netamente entre pertenencias (estates) y derechos reales sobre predios ajenos (interests) -

consagró una nueva terminología en el Derecho inglés que - refleja la importante diferencia de conceptos que acabamos de señalar. Ahora bien, para que un derecho real en cosa - ajena merezca el calificativo de legal, por contraposición a equitativo, ha de corresponderse en duración a una de las dos posibles pertenencias legales que se declararon subsis_utentes, la plena y la menos plena.

7.1.2. Consignación del precio (overreaching), investiga_u-
ción del título e inscripción registral de cargas.

Al habilitarse el recurso de la consignación, del que nos hemos ocupado con mayor amplitud a lo largo y especial_umente al final del apartado 5 del presente capítulo, es in_ududable, y es éste el lugar adecuado para reafirmarlo, que la contratación de pertenencias legales quedó sensiblemente simplificada, con gran alivio del comprador y plausible agilización del tráfico jurídico. Derechos familiares y - cargas de naturaleza pecuniaria quedan al margen de la - transmisión de la titularidad de la pertenencia.

Existen, no obstante, otros derechos equitativos de - terceras personas a los que la doctrina de la consignación es necesariamente inaplicable porque no son, dada su natu_uraleza, convertibles en dinero. Tal es el caso, por ejem_u-plo, de los derechos limitativos del uso (restrictive cove_unants), ya aludidos con anterioridad, que son una especie de servidumbre continua, negativa y no aparente que, como la prohibición de no ejercer actividades industriales en - un fundo, puede imponerse mediante pacto. En tales casos, el único procedimiento viable para simplificar la tarea - del comprador, y de proteger al mismo tiempo al titular - del correspondiente derecho equitativo, es el de exigir - que éstos queden registrados en forma pública para que pue_u

dan seguir siendo vinculantes para los compradores. Este fué el criterio seguido por el legislador en 1925.

Existen precedentes legislativos, cuya aparición se produjo en épocas notablemente distanciadas entre sí, que hicieron obligatoria la inscripción registral de determinadas cargas reales inmobiliarias. La más antigua de ellas fué la renta vitalicia (life annuities) en cuanto carga real sobre determinado inmueble, cuya registrabilidad quedó acordada en el año 1777. Una amplia generalización del sistema de inscripción registral de cargas fué llevada a efecto por la Ley de Cargas Inmobiliarias (Land Charges Act) de 1925. Sin entrar ahora en demasiados detalles, ya que hemos de volver sobre el tema (v. 4.1. parte IV, cap. III) puede decirse que algunas cargas reales de Derecho común o legales y prácticamente todos los derechos equitativos sobre inmuebles, excepto los que se derivan de vinculaciones estrictas o fideicomisos para venta, pueden inscribirse en el Departamento de Cargas Inmobiliarias del Registro Inmobiliario de Plymouth (Land Charges Department of the Land Registry at Plymouth). Su inscripción implica conocimiento para todo el mundo, en virtud del principio de publicidad registral que es normal en el funcionamiento de cualquier Registro, y su no inscripción lleva aparejada para sus titulares la grave sanción de su total ineficacia frente al adquirente a título oneroso de la pertenencia legal sobre la que recaigan, y ello incluso si tal adquirente tuviere conocimiento de la existencia del derecho no inscrito.

En suma, para los derechos a los que resultó aplicable la Ley de Cargas Inmobiliarias de 1925, el Registro de Cargas Inmobiliarias se constituyó en la piedra angular del sistema de investigación y contratación inmobiliaria.

Las antiguas normas concernientes al conocimiento subjetivo y objetivo, a las que hemos dedicado nuestra atención en el apartado 4.4.2. de este mismo capítulo, continúan aplicándose a una categoría residual, y afortunadamente poco numerosa, de derechos reales equitativos que ni son registrables ni susceptibles de consignación, ya que el legislador no los contempló. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido poniendo de relieve su existencia. Cabe citar, como ejemplo ya conocido, la facultad que asiste al arrendatario, en ciertos casos, (v. 5 cap. I) para retirar inmuebles por incorporación y destino cuando finaliza el arrendamiento real.

7.2. Contratación inmobiliaria registrable.

La simplificación introducida por el legislador de 1925 en el sistema de contratación inmobiliaria, no tenía otro significado que el de una solución transitoria que había de surtir efecto mientras se llevaba a cabo la gradual implantación de un sistema registral de contratación inmobiliaria. En la actualidad, hay en marcha un vasto proceso de conversión cuya celeridad depende de los recursos económicos habilitados por el Estado a tal fin. El 65% de la contratación inmobiliaria, en 1975, ya es registrable.

La inscripción registral de los títulos inmobiliarios fué introducida en Inglaterra en el año 1862. Inicialmente, el sistema tenía carácter voluntario pero pasó a hacerlo obligatorio en las zonas en las que se fué decretando su implantación. Las normas que regulan la materia están contenidas en las Leyes de Registro Inmobiliario (Land Registration Acts) dictadas entre 1925 y 1971 y en el Reglamento (Land Registration Rules) también aprobado en 1925 y posteriormente modificado. La determinación de las áreas o

zonas en las que la inscripción de la contratación inmobiliaria se declara obligatoria, se hace por Decreto de la Corona y de su Consejo Privado (Orders in Council) y su ejecución queda a cargo del Poder Central. En 1967 se suspendió la posibilidad de la inscripción voluntaria en zonas de inscripción no declarada obligatoria, a fin de concentrar y potenciar todos los recursos en la línea coactiva.

La finalidad del sistema es reemplazar el laborioso, complejo y arriesgado sistema de contratación no registrable por otro en que el título del vendedor sea garantizado por el Estado, con el consiguiente beneficio para la seguridad del tráfico jurídico. Una vez que el título inmobiliario queda registrado su historia pasada es inoperante. En cierta medida, el título se convierte en el objeto de la contratación. Así ésta viene a ser la sustitución del nombre de una persona por el de otra en el correspondiente folio registral.

7.2.1. Inscripción y anotación registral.

Es importante distinguir entre derechos susceptibles de inscripción y derechos susceptibles de anotación registral (registration and entry on register). Los primeros son solo dos: ambas modalidades de pertenencia legal, la plena y la menos plena (fee simple absolute in possession and the term of years absolute). Los otros, también llamados derechos menores, son protegidos no mediante inscripción en folios independientes, como se hace con aquellos dos, sino a través de una anotación de su existencia en el apartado de cargas del título al que afectan.

La Ley de Registro Inmobiliario de 1925 establece normas precisas sobre las facultades de contratación reconoci

das al titular de los derechos inscribibles. Se acoge al sistema de "numerus clausus", en cuanto a los derechos reales - de carácter legal, puesto que no se pueden crear derechos - distintos de los reconocidos por la ley. Compensando esta opción con un criterio de "numerus apertus" en cuanto a la - creación de derechos equitativos que, en todo caso y dada su condición de derechos menores, han de ser objeto de anotación registral.

La inscripción de los actos dispositivos sobre pertenencias plenas y menos plenas es constitutiva; por consiguiente, mientras la misma no queda inscrita la titularidad se mantiene en el transmitente, si bien hay un periodo de dos meses - dentro del cual se puede llevar a efecto la inscripción.

La inscripción de los títulos no ha de practicarse inmediatamente después de que la zona correspondiente sea declarada de inscripción obligatoria de contratos inmobiliarios. El título de la pertenencia plena ha de inscribirse con ocasión de su primera transmisión posterior a la apertura del - Registro, mientras que para las pertenencias menos plenas - que son registrables (las de duración igual o superior a 40 años) cada vez que se constituyan o transmitan.

7.2.2. Organización registral.

El Registro es de títulos. Ello significa que si hay - más de un título legal, es decir, de Derecho común, sobre - una misma finca han de registrarse cada uno de ellos independientemente del otro. Tal es el supuesto de una pertenencia a plena limitada por una menos plena, cuya respectiva constancia registral se instrumenta por separado, sin menoscabo de la oportuna coordinación.

El Registro está organizado con arreglo a un sistema - de fichero. Las fichas están divididas en tres apartados: - finca y pertenencia (property register), titularidad (propietorship register) y cargas (charges register).

El primero describe e identifica el inmueble y el derecho (pertenencia plena o menos plena) que constituye el objeto del título. En ella ha de incluirse también cualquier otro derecho legal -en la acepción que venimos utilizando- como por ejemplo servidumbres en beneficio del predio y su titular. En el segundo de los apartados se recoge la clase del título, el nombre del titular y las eventuales restricciones a la disponibilidad del inmueble. En el último constan las cargas que gravan la finca y limitan los derechos - sobre la misma, como hipotecas y derechos limitativos del uso.

7.2.3. Clases de títulos.

Hay cuatro clases diferentes de títulos: título absoluto (absolute title), título válido de pertenencia menos plena (good leasehold title) título posesorio (possessory title) y, finalmente, título cualificado (qualified title), - cuando ninguna de las otras tres categorías es aplicable a un supuesto determinado.

El primero es el más frecuente de todos. No puede inscribirse entre tanto no sea aprobado por el Registrador, - quien puede efectuar una completa investigación del mismo y ordenar la presentación de todas las escrituras que lo evidencien. Un título que tiene acceso al Registro con dicha categoría es inatacable, salvo en casos excepcionales de - rectificación.

Tratándose de pertenencia menos plena, un título absoluto es inscribible cuando el Registrador, además de aprobarlo, califica también favorablemente el de pertenencia plena en que aquella se basa y el de cualquier otra pertenencia menos plena intermedia que pueda existir, como un subarriendo real.

El título válido de pertenencia menos plena (good leasehold) es de aplicación exclusiva a las mismas. Se asemeja a un título absoluto salvo que el derecho del arrendador real a crear la pertenencia no queda garantizado por el Registro. Por ello, si su derecho se revela inexistente el del arrendatario se extingue, lo que no ocurre si el título es absoluto.

El título posesorio, que se aplica indistintamente a las pertenencias plenas y a las menos plenas, garantiza las vicisitudes del derecho a partir de su inscripción, pero lo deja sujeto a otros posibles derechos existentes con anterioridad a su acceso al Registro.

El título cualificado es equivalente al absoluto, salvo los defectos o derechos que afecten al derecho inscrito y que quedan constatados en el propio Registro. Es de concesión subsidiaria a la del título absoluto. Se aplica también a ambas pertenencias.

7.2.4. Rectificaciones e indemnizaciones.

Una vez inscrito el título, el titular queda investido de la correspondiente titularidad y goza, en adelante, de la protección del Estado, de acuerdo con la especial eficacia atribuida a cada uno de los títulos antes expresados.

La Ley de Registro Inmobiliario reconoce a los Tribunales y al Registrador facultades para rectificar el título - inscrito, cuando hay error u omisión, y establece indemnizaciones en favor de quién sufre o a quién se niega determinada rectificación indebidamente.

7.2.5. Protección de los derechos de terceros.

Como punto de partida se ha de distinguir entre derechos dominantes (overriding interests) y derechos menores o secundarios (minor interests).

La idea básica es bastante simple. Hay derechos que requieren la protección registral y otros que no necesitan de ella. Derechos dominantes son aquellos que vinculan al dueño que tiene su derecho inscrito en el Registro y a sus adquirentes, con independencia de su acceso al Registro. En su mayor parte están enumerados en el artículo 70 de la Ley de Registro Inmobiliario de 1925. Algunos ejemplos importantes son pertenencias menos plenas cuya duración sea inferior a 21 años (leases for not more than 21 years) servidumbres de uso y de disfrute (easements and profits a prendre) públicos y privados y, según fórmula final y general de dicho artículo, derechos de personas que ocupen el inmueble o reciban rentas o beneficios del mismo.

Los derechos menores o secundarios constituyen el otro elemento de la clasificación que, a diferencia de los anteriores, necesitan ser protegidos mediante anotación registral (by entry on the register). Algunos de ellos, no obstante tal anotación, ni siquiera vinculan al comprador a título oneroso, aunque sí condicionan el método de disposición inmobiliaria. Así, en el caso de los derechos de los beneficiarios de la propiedad vinculada o de un fideicomiso

para venta, cuya constancia registral advierte de la limitación de facultades que afecta al titular de la pertenencia legal, pero sin perjudicar al adquirente a título oneroso - si las formalidades establecidas para la transmisión son debidamente observadas. Ahora bien, otros derechos menores, - como por ejemplo las servidumbres equitativas (equitable easements) gravan al adquirente a título oneroso si son objeto de anotación registral. A la inversa, el adquirente recibirá el derecho libre de ellas si tal anotación no se ha producido y a pesar de tener conocimiento subjetivo de su existencia. La norma no es aplicable al adquirente a título gratuito que queda vinculado por los derechos menores aunque los mismos no estén protegidos mediante la anotación registral.

La categoría de los derechos dominantes ha sido objeto de fuertes críticas por constituir una excepción a la plausible aspiración de que el Registro debería ser un espejo del título del vendedor. Su existencia sólo puede ser descubierta por el adquirente usando de los antiguos procedimientos de investigación de la titularidad.

7.3. Contraposición final entre la contratación inmobiliaria registral y la no registral.

Comparemos la posición del adquirente de una pertenencia legal plena en uno y otro sistema de contratación. En ambos ha de adoptar las necesarias cautelas en dos importantes aspectos: suficiencia de la titularidad del transmitente e inexistencia de cargas en favor de terceras personas.

En cuanto al primero de ellos, la labor del adquirente queda muy simplificada dentro del sistema de contratación registrada. La enojosa, difícil y arriesgada investigación del título se sustituye por el sencillo mecanismo de consulta al Registro.

Por el contrario, la diferencia entre ambos sistemas, -
dista mucho de ser tan clara en cuanto a los derechos que,
a favor de terceras personas, constituyen cargas reales li-
mitativas de la plena titularidad pertenencial sobre los -
predios.

Dando por reproducido aquí cuanto llevamos dicho en -
los precedentes subapartados 7.1. y 7.2., y comparando lo -
allí expuesto para uno y otro sistema, advertimos la exis-
tencia en ambos de categorías residuales de derechos que sin
ser coincidentes tienen características y efectos semejan-
tes. Así, sin tener ninguna de ellas acceso ni al Registro
de Cargas Inmobiliarias creado por la Ley de igual nombre -
de 1925 como solución transitoria para el sistema de contra-
tación no registrada, ni al de Contratación Inmobiliaria pa-
ra el de contratación registrada, pueden, no obstante, vincu-
lar al adquirente, el cual, para eludir las consecuencias -
de la doctrina del conocimiento objetivo ha de investigar,
a la "antigua usanza", la posible existencia de tales dere-
chos,.

Es este un fallo del sistema moderno que deja abierta
la posibilidad de derechos extraregistrables cuya existen-
cia ha de "rastrear" el adquirente si quiere verse libre de
ellos y de sus onerosas consecuencias.

3

PAGS. 205 A 315

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

CAPITULO III

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS: MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO

PARTE I

LA PERTENENCIA PLENA ABSOLUTA EN POSESION

PARTE II

DERECHO INMOBILIARIO FAMILIAR

EPIGRAFES 1 AL 3

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

MADRID, 1977

S U M A R I O P A R T I C U L A R

Capítulo III

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS: MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO.

Pág.

205

PARTE I

LA PERTENENCIA PLENA ABSOLUTA EN POSESION (The Estate in Fee Simple Absolute in Possession).

206

* COMENTARIO

206

TRATADO

214

1. Generalidades.

214

2. Concepto.

214

3. Pertenencias modificadas (modified fees).

216

4. Adquisición: fórmulas solemnes (words of limitation).

219

5. Extensión objetiva del derecho, facultades que lo integran y limitaciones.

220

PARTE II

DERECHO INMOBILIARIO FAMILIAR. (Family interests)

224

1. LA VINCULACION ESTRICTA Y EL FIDEICOMISO PARA VENTA. (The Strict Settlement and the Trust for Sale).

226

226

* COMENTARIO.

226

TRATADO.

241

1.1. Preliminar.

241

1.2. Vinculación y fideicomiso: nociones básicas.

243

1.3. VINCULACION ESTRICTA.

246

1.3.1. Ambito de aplicación.

246

1.3.2. Elementos personales.

249

1.3.2.1. El titular vitalicio de la pertenencia (tenant for life).

251

1.3.2.1.1. Concepto y clases.

251

1.3.2.1.2. Facultades del titular vitalicio de la pertenencia (powers of the tenant for life).

255

1.3.2.1.3. Modificación y extinción de sus facultades.

259

	<u>Pág.</u>
1.3.2.2. Los fiduciarios de la vinculación (the trustees of the settlement).	260
1.3.3. Elementos reales: las pertenencias legales y el capital en metálico (capital money).	262
1.3.4. Elementos formales: el mecanismo vinculatorio.	264
1.4. EL FIDEICOMISO PARA VENTA (trust for sale): GENERALIDADES Y AMBITO DE APLICACION.	267
1.4.1. Definición legal.	268
1.4.2. Elementos personales	270
1.4.2.1. Estatuto de los fiduciarios (position of trustees for sale).	270
1.4.2.2. Derechos de los beneficiarios (rights of the beneficiaries).	272
1.4.3. Elementos formales.	273
1.4.4. Fideicomisos para venta de origen legal (statutory trusts for sale).	274
2. PODERES EQUITATIVOS (equitable powers).	275
✱ COMENTARIO	275
TRATADO	284
2.1. Concepto, terminología y relación con fideicomisos y vinculaciones.	284
2.2. Clases.	286
2.2.1. Clasificación según su finalidad.	287
2.2.2. Clasificación según la situación del apoderado en cuanto al fundo.	289
2.2.3. Clasificación según la naturaleza de los derechos creados con su ejercicio.	290
2.3. Ejercicio de los poderes (execution of powers).	290
2.3.1. Observancia de formalidades.	290
2.3.2. Exceso y omisión en el ejercicio del poder.	292
2.3.3. Fraude en el ejercicio del poder (fraud upon a power).	293
2.3.4. Ejercicio negativo y renuncia del poder (determination and disclaim of the power). Extinción implícita.	295

3. DERECHOS REALES LIMITADAMENTE HEREDABLES (entailed in-terests).	298
* COMENTARIO	298
TRATADO	304
3.1. Clases.	304
3.2. Facultades del titular-poseedor del derecho	307
3.3. Ampliación de su objeto.	307
3.4. Constitución: fórmulas solemnes (words of limi-tation)	308
3.5. Desvinculación de los derechos limitadamente here-dables (entailed interests may be barred).	310
3.6. Disponibilidad testamentaria.	314

- - - - -

Capítulo III

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO

Disponiendo ya de una visión panorámica y evolutiva del Derecho inmobiliario inglés, pasamos ahora al estudio de la fisonomía actual de las pertenencias y demás derechos reales inmobiliarios de que aquél se compone.

Su conocimiento no constituye la meta final de nuestro trabajo, por lo que, hemos de cubrir esta etapa, de suma importancia, como veremos, sin perder de vista su carácter complementario del objetivo perseguido como principal: el estudio del sistema hipotecario inglés.

La institución básica, la piedra angular del Derecho inmobiliario inglés es, como sabemos, la pertenencia plena y absoluta en posesión (the estate in fee simple absolute in possession); con ella encabezaremos la exposición del presente capítulo. Después, y respetando la mentalidad jurídica inglesa, distinguiremos entre instituciones integrantes del Derecho inmobiliario familiar, que son las vinculaciones estrictas, los fideicomisos para venta (strict settlement and trust for sale) y los derechos nacidos de estas dos modalidades vinculatorias e instituciones integrantes del Derecho inmobiliario comercial (commercial interests), como pertenencias menos plenas o como arrendamientos reales, hipotecas, servidumbres (leaseholds, mortgages and easements) y otros que se constituyen en un ámbito preferentemente negocial, o que, al menos no constituyen el núcleo del patrimonio familiar permanente (endowment).

Finalmente desviaremos nuestra atención hacia el estudio de las peculiaridades más relevantes del tráfico jurídico inmobiliario: transmisiones "inter vivos" y "mortis causa", prescripción extintiva y Registro Inmobiliario.

PARTE I

LA PERTENENCIA PLENA ABSOLUTA EN POSESION. (The Estate in Fee Simple Absolute in Possession).

- o - o - o -

* Sin menoscabo de su semejanza externa, y aún de su función práctica, ya sabemos, por lo dicho en los capítulos precedentes, que no hay rigurosa equivalencia entre los conceptos de pertenencia plena y derecho de propiedad o dominio.

La pertenencia plena absoluta en posesión (the estate, in fee simple absolute in possession) es una institución jurídica, de recia contextura inmobiliaria, cuya precisa definición no preocupa a los juristas ingleses que, a diferencia de sus colegas continentales, que tanto gustan de estos sutiles ejercicios del intelecto, tienen por costumbre abstenerse de ellos.

El largo rótulo que le sirve de denominación es, a la par, extracto de su dilatado proceso histórico de formación y compendio de las notas esenciales de su concepto. En él están presentes las voces "fee" y "simple", la primera de las cuales, en los remotos orígenes del Derecho común, significó feudo, siendo ahora equivalente a predio o heredad, cuya plena transmisibilidad "mortis causa", sin acepción de herederos, se patentiza y refuerza a través del segundo de los términos citados.

Históricamente, eran tan holgadas las posibilidades ofrecidas a la voluntad de los particulares para moldear las pertenencias conforme a sus aspiraciones personales y familiares que, actualmente, para evitar su desnaturaliza

ción como arquetipo de derecho subjetivo inmobiliario, se ha estimado preciso redondear el concepto de pertenencia plena con la nota de "absoluta", que relega al ámbito de la Equidad a las llamadas pertenencias modificadas (modified fees). En estas, su eficacia adolece, constitutivamente, de riesgos de alteración automática de la titularidad en función de sucesos futuros e inciertos que, normalmente, revisten la forma de término o condición. El "status" posesorio completa la noción de pertenencia plena y, aunque esta vez el léxico no sea muy fiel a la historia -ya que el término exótico de "possession" ha desplazado al indígena de "seisin"- el espíritu se conserva, ya que sin la adecuada referencia a su prolongación o expresión fáctica, el prototipo de los derechos reales inmobiliarios ofrecería, para los juristas ingleses, la imagen de un concepto inacabado.

La doctrina tradicional en que se inspira nuestro Derecho, enseñaba (CASTAN, op. cit. 2, 1, págs. 111 y sgs.) que el derecho de propiedad es absoluto (en cuanto otorga un poder ilimitado, soberano sobre la cosa) exclusivo (en cuanto faculta para impedir el goce de la cosa por los demás) y perpétuo (en cuanto no está sujeto a limitación de tiempo y puede durar tanto cuanto la cosa). Aún conservando estos caracteres su vigencia en lo fundamental, la profunda evolución que el concepto de dominio ha experimentado a lo largo de su historia exige importantes matizaciones para adaptarlos a los tiempos presentes. La nota de absoluto, de la que los juristas modernos se muestran tan poco devotos, singularmente en el ámbito de los derechos patrimoniales, ha sido sustituida por las de generalidad, que hace de la propiedad un derecho general sobre los servicios de una cosa (o lo que es igual, el derecho de uti-

lizar todos los servicios, salvo las excepciones que supone la existencia de otros derechos reales, lo que constituye un límite a la nota de exclusividad, que no desnaturaliza el dominio) e independencia, pues existe por sí, - sin necesidad de ningún otro derecho. Late en estas expresiones la misma idea que concibe al derecho de propiedad como el único que otorga un señorío pleno sobre la cosa - (ALBALADEJO, op. cit. III, 1ª pg. 244), consistente en el poder de someterla a nuestra voluntad en todos sus aspectos y obtener de ella toda la utilidad que puede prestar en cualquiera de ellos. Lo absoluto, general o pleno del dominio no pueden oponerse a que tenga limitaciones impuestas por el interés general, a través de la moderna concepción de la función social de su ejercicio. Un significativo ejemplo de que el Derecho inglés, como era lógico esperar, no podía permanecer inmune a la moderna filosofía social en la que tiene su apoyo la nueva estructura de los derechos dominicales, es la abundante legislación sobre Planificación Rural y Urbana con la que se pretende una ordenación del territorio armonizadora de necesidades colectivas e intereses particulares.

Finalmente, su clásico carácter de perpetuidad se matiza diciendo que el dominio es generalmente perpétuo, pero que tal requisito pertenece a su naturaleza y no a su existencia, ya que nada obsta a que surja un derecho de propiedad temporal cuya extinción dependa de ciertas causas establecidas y previstas en el momento mismo de su adquisición, cual es el caso de la propiedad a la que vaya agregada una condición resolutoria.

Salvadas sus notables diferencias estructurales, el

./.

parentesco entre los respectivos caracteres del dominio y de la pertenencia plena es innegable, salvo en lo tocante a la nota de perpetuidad. Es este un requisito que no sólo ha de concurrir en la naturaleza sino también en la existencia de la pertenencia plena, de tal modo que si, constitutivamente, queda sujeta a condición o término se la degrada, retrocediendo desde el rango de derecho inmobiliario legal máximo al de simple derecho equitativo. Es este un fruto natural de la teoría de las pertenencias, que artificialmente descompone los derechos dominicales inmobiliarios en función de la perdurabilidad que le asignan sus constituyentes.

Nuestro Derecho se manifiesta fiel a la doctrina romana (PUIG BRUTAU, op. cit. III, 1ª pgs. 345 y sgs. y CASTAN, op. cit. 2, 1, págs. 204 y sgs. y 234 y sgs.) que exige un doble elemento para la transmisión contractual de la propiedad: a) fundamento o causa jurídica de la adquisición llamada predominantemente título y b) transferencia de la posesión de la cosa (tradición), de manera material o espiritualizada, pues en nuestro Código la tradición está reducida a formalidades tan sumarias que hacen de ella, en ocasiones, una pura ficción. En suma, de los contratos solo nacen acciones personales, de manera que para adquirir la propiedad es indispensable, según el art. 609, que medie la tradición, lo que solo tiene lugar, a la vista del art. 1.095, cuando la cosa ha sido entregada. En cuanto concierne a los bienes inmuebles, en torno a cuyo régimen jurídico gira este estudio, son de aplicación los llamados modos comunes de tradición, recogidos en el art. 1.462 del Código civil, consistentes en poner en poder y posesión del comprador la cosa vendida, a menos que la venta se haga mediante escritura pública, ya que el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o

se dedujere lo contrario. La inscripción en el Registro - de la Propiedad no ha sustituido, en nuestro sistema, a - la tradición como modo de transmisión de la propiedad inmueble. Tradición e inscripción tienen órbita de aplicación distinta, aunque su coexistencia pueda no parecer racional ni lógica. Aquella sigue siendo el modo de adquirir el dominio y desenvuelve su eficacia entre partes. Esta, dado que no tiene valor absoluto, y si sólo relativo y en cuanto a terceros, es, simplemente, un modo de acreditar la existencia de la adquisición aunque de valor destacado en relación con los demás.

Encara el Derecho inglés el tema de la adquisición contractual de las pertenencias plenas -al tráfico jurídico de las mismas y demás derechos inmobiliarios estará dedicado, en exclusiva, la parte IV de este capítulo- partiendo de la inevitable distinción, que es consecuencia - de su transitoria dualidad de régimen jurídico, entre contratación inmobiliaria registrable y no registrable. Como supuesto general, esta última ha de hacerse en escritura solemne (deed) que después de firmada y sellada debe ir - seguida de su entrega al adquirente acompañada de palabras o conducta del transmitente demostrativas de quedar vinculado por el contenido de la escritura. Este "modus operandi" es comparable a una especie de tradición ficticia (traditio ficta) que los romanistas y civilistas han bautizado con el apelativo de instrumental (traditio cartae) en la que se sustituye el cambio real de posesión - por la forma escrita, con entrega del documento que acredita la transmisión (supuesto inglés) o aún sin ella, por ser suficiente el simple otorgamiento (supuesto del art. 1.462 del Código civil español). El Derecho inglés siguiendo una línea espiritualista, ha evolucionado desde la tradición "longa manu" del antiguo Derecho común, a la ac --

tual tradición instrumental. Ambos Ordenamientos jurídicos se mueven, en principio, en áreas muy próximas que se alejan sensiblemente cuando el Derecho inglés, al ocuparse de la contratación inmobiliaria registrable, concede a la inscripción del título adquisitivo de las pertenencias, a la que otorga fuerza constitutiva, una preponderancia que absorbe, en realidad, los efectos propios y normales de la tradición.

Históricamente, el título de adquisición de las pertenencias plenas había de redactarse empleando unas fórmulas traslativas verdaderamente solemnes o rituales, cuya exactitud literal había de respetarse escrupulosamente para evitar que se frustrara el fin perseguido dando vida, involuntariamente, a una pertenencia vitalicia en lugar de la plena que realmente se quería constituir o transmitir. Tal rigor en el uso de aquellas expresiones ha perdido, modernamente, tan draconiana trascendencia. Consiguientemente, la eficacia de los actos dispositivos, tanto "inter vivos" como "mortis causa", viene dada por la verdadera voluntad de los otorgantes, siempre que haya suficientes elementos gramaticales y lógicos para determinarla.

El Derecho común inglés, para determinar la extensión objetiva, en sentido vertical, de la pertenencia plena parte de la aceptación teórica de la hiperbólica doctrina romanísta de su ampliación, por arriba, hasta el cielo, y, por abajo, hasta el centro de la tierra. De ella extrae, sin embargo, unas modestas y lógicas consecuencias prácticas: es facultad del titular de la pertenencia el control de lo incorporado al suelo y, en cierta medida, de las riquezas almacenadas en el subsuelo y

del espacio aéreo que se alza sobre aquél. Está presente en esta formulación práctica la teoría dominante en la doctrina continental moderna, cuya hegemonía es también patente en nuestro Derecho, a pesar de la defectuosa y casuística redacción del art. 350 del Código civil. La referida teoría, para determinar la extensión objetiva del dominio, en sentido vertical, toma por guía la utilidad económica que el espacio aéreo y el subsuelo pueden ofrecer al propietario, enmarcándola en una línea de clara subordinación al superior interés de la Comunidad. El derecho de propiedad sobre los predios (GONZALEZ, Jerónimo, "Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical", en Revista crítica de Derecho Inmobiliario, 1925, págs. 11 y sgs.) presenta una densidad máxima en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de máxima energía. Pero a medida que nos alejamos en línea vertical hacia arriba o hacia abajo, se debilitan el poder de hecho del propietario y la reacción jurídica contra las perturbaciones de su derecho. Difícil es precisar, matemáticamente, el módulo de este decrecimiento ya que depende de la satisfacción normal y potencial que el suelo y su verticalidad sean susceptibles de proporcionar, en armoniosa visión, a los intereses individuales y a los colectivos.

En general, la normativa que el Derecho inglés ha elaborado para determinar las facultades, limitaciones y extensión objetiva de la pertenencia plena está informada por principios y criterios con los que nos hallamos familiarizados los juristas españoles. Tales son, entre otros ejemplos, los de poner en manos del propietario la potestad de realizar cualquier acto de dominio -faculta-

des de libre aprovechamiento, exclusión y libre disposición, con la problemática, ya resuelta en sentido adverso, de la destrucción del objeto- o la marcada tendencia a atribuir al Estado derechos sobre el tesoro hallado en un predio, al lado o en sustitución de los que la doctrina clásica atribuía, por el principio de accesión, al propietario.

Notables son también las semejanzas en materia de propiedad de las aguas y de accesión natural por mutación de cauce. En este caso, el cauce que resulta abandonado se adjudica a los dueños de los predios ribereños, excepto si se trata de ríos sujetos al movimiento de las mareas, el dominio de cuyos cauces se atribuye, en Derecho inglés, al Estado, a diferencia de lo que ocurre en nuestro Ordenamiento jurídico (art. 370 del C.c.) que no hace distinciones que menoscaben la expansión de la propiedad privada por la vía de esta modalidad de accesión natural.

En suma, salvadas todas las distancias de mentalidad, estructura y léxico jurídico, las plataformas en que respectivamente tienen asiento el dominio y la pertenencia plena en posesión ofrecen sendas imágenes cuya semejanza salta de continuo a la vista.*

- o - o - o -

1. Generalidades.

Esta pertenencia, a la que en forma abreviada se suele denominar simplemente pertenencia plena, es el derecho subjetivo inmobiliario de más amplio contenido existente en el Ordenamiento jurídico inglés. Aunque, en teoría, no puede equipararse al dominio pleno (absolute ownership) en la práctica se le aproxima mucho, puesto que han desaparecido casi por entero, según hemos visto en páginas anteriores, los vestigios de las viejas cargas feudales. Es, como también sabemos, la única modalidad de pertenencia plena subsistente en el ámbito del Derecho común.

2. Concepto.

Para llegar hasta él seguiremos el método de desmontar - en piezas la expresión con que se la denomina, analizando el significado de cada una de ellas.

La voz "fee" es sinónima de inmueble o heredad y denota su heredabilidad. La palabra "simple" pone de manifiesto que esta condición es general, predicable, por tanto, respecto a toda clase de herederos: ascendientes, descendientes y colaterales, y no limitada a una clase particular de ellos.

Esta característica de general heredabilidad ha sido parcialmente modificada como consecuencia de la abolición de la doctrina del derecho hereditario en caso de sucesión intestada (doctrine of heirship on intestacy). En este supuesto, la tierra, de acuerdo con el esquema introducido por la Ley de Administración de Pertenencias (Administration of Estates Act) de 1925, no se transmite al mas próximo heredero, sino a los administradores-ejecutores de la herencia (personal representatives), en fideicomiso para venta (trust for sale), para -

que, en la forma legalmente establecida, distribuyan su valor entre los más próximos parientes.

Aún cuando ningún texto legal precisa el valor atribuible al término "absoluto", que es otra de las propiedades del derecho que nos ocupa, hay tradicional consenso doctrinal y jurisprudencial en entenderlo como exclusión de toda pertenencia que sea anulable o revocable por cumplimiento o incumplimiento de cualquier condición. Estaríamos, entonces, ante un caso de pertenencia modificada en cuyo estudio enseguida entraremos. El carácter de "absoluto" no implica, sin embargo, necesaria libertad de cargas; la existencia de éstas sobre una pertenencia plena no la hace menos absoluta.

En algunas partes de Inglaterra, especialmente en Manchester y en el Norte, es práctica común de los adquirentes de una pertenencia plena satisfacer una renta anual perpétua, a menudo llamada "renta agrícola pertenencial" (fee farm rent), en vez de pagar una suma alzada en concepto de precio. Para garantizar su abono, el vendedor y sus herederos se reservan la facultad de recuperar la plenitud del derecho cedido (right of re-entry). Perdida, de este modo, su carácter de "absoluta", la pertenencia plena así constituida no fué catalogada como legal, al amparo de la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925. Este criterio primitivo, dado los graves perjuicios que causaba, fué variado por la reforma que se introdujo en dicha Ley en el año 1926. Constituye, pues, esta modalidad un supuesto excepcional de pertenencia legal plena a pesar de faltarle uno de los requisitos que integran su concepto.

Finalmente, se requiere que la pertenencia lo sea "in possession". Lo que en todo caso se precisa es que la pertenencia sea presente, no futura (future interests). Así, si la

pertenencia se crea o transmite en favor de A, durante su vida y después en favor de B, en forma plena, el derecho de este último no es legal sino equitativo. La voz "possession" está aquí utilizada con escasa precisión, puesto que se refiere más bien al concepto de posesión inmobiliaria o "seisin" (v. capítulo anterior 3.2.1.).

3. Pertenencias modificadas (modified fees).

Cuando la pertenencia pierde el carácter de "absoluta", recibe el nombre de "modificada" (modified fee), deja de ser legal, y se transforma en equitativa. Hay tres clases de pertenencias modificadas:

A) Pertenencias modales o limitadas (determinable fee). Son - aquellas que, de acuerdo con los términos expresos de su constitución, pueden extinguirse o cambiar de titular automáticamente si acontece determinado suceso futuro pero incierto. La pertenencia está limitada cuando, por ejemplo, se ceden determinados terrenos a un club de golf con la limitación o carga modal de que los mismos sean destinados siempre a las finalidades del club.

Las pertenencias modales o limitadas son infrecuentes en la práctica, excepto en las vinculaciones matrimoniales (ma - rriage settlements) cuando el constituyente se atribuye una - pertenencia, que queda modalizada o limitada en su favor hasta la celebración del matrimonio previsto.

B) Pertenencias sujetas a condición o término (fee simple - upon condition). La constitución de una pertenencia plena pue - de ir acompañada de una cláusula, en la que se prevea que co - menzará a surtir efectos (condition precedent), o dejará de - producirlos (condition subsequent), cuando ocurra determinado

evento. Este puede ser de los que necesariamente han de ocurrir (plazo o término) o no producirse nunca (condición). - También en este supuesto el evento puede tener efecto suspensivo o resolutorio.

La distinción entre las pertenencias modales y las condicionales o a término, no siempre es fácil de establecer. Una primera diferencia, de índole formal, es la de que el evento, en la pertenencia modal, aparece recogido en las palabras que trazan los límites de la pertenencia que se constituye, mientras que en la sujeta a condición o término se requiere una clausula expresa e independiente que se adiciona al título constitutivo de la pertenencia plena absoluta en posesión, dependiendo de ella su eventual nacimiento o extinción. A través de esta diferencia puramente formal se trasluce una función diversa del evento en ambos supuestos: establecer el último y eventual confín temporal de la pertenencia modal o provocar su nacimiento o extinción, si se produce durante el periodo de vigencia de la cláusula, en la pertenencia condicional.

Estas diferencias conceptuales tienen su reflejo en otras de orden práctico, que podemos resumir en dos palabras: rigor y flexibilidad, que se conjugan alternativamente. El evento puede configurarse de forma menos flexible en la pertenencia condicional, por cuanto no cabe excluir en ella la facultad de disponer -lo que a veces es factible - (donaciones con fines benéficos) en la pertenencia modal- y no puede ir contra la ley, ni la moral, lo cual afecta también a la modal, pero con menos rigor; por ejemplo, una condición resolutoria es nula si ha de producir su efecto por quiebra del titular de la pertenencia, prohibición que no -

rige para la pertenencia modal.

La duración incierta de una pertenencia modal no constituye tampoco, salvo en ocasiones, obstáculo a su disponibilidad puesto que el instrumento jurídico en cuya virtud se efectúa la limitación modal constituye una vinculación a los efectos de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925. El titular lo es con carácter vitalicio, a los efectos de dicha Ley, y puede, en uso de sus facultades estatutarias, disponer del inmueble en venta, hipoteca o arrendamiento real. En una ocasión (Hopper v. Liverpool Corporation 1944), se decidió, a pesar de las controversias que el tema había suscitado previamente, que la constitución de pertenencias limitadas estaba sujeta a la regla contra perpetuidades (rule against perpetuities) (véase 5.3.2., más adelante), criterio que ha sido confirmado por la Ley de Perpetuidades y Acumulaciones (Perpetuities and Accumulations Act) de 1964.

Los efectos de la producción del evento son más rigurosos en la pertenencia modal, puesto que operan automáticamente, "ipso iure", mientras que en la condicional queda al prudente arbitrio del constituyente exigir el cumplimiento de tales efectos. Asimismo, si la condición es nula y suspensiva, el contrato es nulo también y la pertenencia no se constituye, pero si es nula y resolutoria la pertenencia es plena, absoluta y libre de la restricción de la cláusula condicional. Ahora bien, si el evento que configura la pertenencia como modal es contrario a Derecho, la pertenencia carecerá de virtualidad jurídica en todo caso.

C) Pertenencia base (base fee). La pertenencia base es una clase particular de pertenencia limitada. Las dos notas esenciales que integran su concepto son: existencia que se pro-

longa mientras el constituyente o alguno de sus descendientes (heirs of his body) permanecen vivos y reversión de la plenitud del derecho a un tercero después que éstos fallecen. Está íntimamente relacionada con la pertenencia plena limitadamente heredable (fee tail) y su estudio ha de hacerse conjuntamente con ella, en su lugar oportuno.

En cuanto a sus efectos, el dueño de una pertenencia modificada tiene los mismos derechos que el titular de una pertenencia plena absoluta en posesión. Puede llevar su aprovechamiento hasta el extremo de consumirla por el uso (acts of waste) pero la Equidad le prohíbe el "abuso equitativo" (equitable waste) a través de actos de destrucción, inutilización o aniquilamiento (acts of wanton destruction) que el Derecho común no veda al titular de la pertenencia plena no modificada.

4. Adquisición: fórmulas solemnes (words of limitation).

Fórmulas solemnes son las expresiones usadas para describir el contenido y límites de la pertenencia que se transmite. Así, en la contratación actual, la frase "en favor de A en pertenencia simple" o las palabras "en pertenencia simple" (in fee simple) constituyen la fórmula solemnizadora de la transmisión por cuanto ponen de manifiesto la clase de pertenencia constituida en favor de A.

En el caso de las transmisiones "inter vivos", el Derecho común fué, en épocas pretéritas, extraordinariamente formalista y estricto. Sólo la utilización de la fórmula jurídica exacta (a favor de A y sus herederos, "to A and his heirs") hacía surgir una pertenencia plena absoluta en posesión; su sustitución por otras palabras, aunque fueran de significado

gramatical equivalente, únicamente producían el nacimiento de una pertenencia limitada a la vida del titular (estate for life). Para la transmisión de la pertenencia limitadamente heredable también existía la correspondiente e inflexible fórmula solemne o ritual (to A and the heirs of his body). En el ámbito de las disposiciones testamentarias, las fórmulas rituales eran menos rígidas pero su modificación parcial y, especial — mente, su sustitución por otras, aunque significaran lo mismo, también entrañaba serios riesgos de que se frustrara la finalidad dispositiva perseguida.

A partir de 1837 para los testamentos (Wills Act) y de — 1925 para los contratos (Law of Property Act), la transmisión de una pertenencia plena absoluta en posesión, en cuyo acto — dispositivo se omitan las fórmulas solemnes, no impide la — transmisión del derecho, a menos que haya voluntad en contrario, manifestada en el contrato o testamento. Queda, de este modo, reemplazado el viejo y rígido formalismo por criterios netamente espiritualistas.

Por lo que concierne a las personas jurídicas, en cuanto beneficiarias de la transmisión, tanto las de carácter unipersonal —(corporation sole), verbigracia, la Corona, una Diócesis, una Parroquia, etc.,— como las de carácter pluripersonal —(corporation aggregate), una sociedad mercantil, por ejemplo— la evolución histórica y la normativa presente son similares a las ya expuestas para las personas físicas. Se ha pasado, — en suma, del rígido formalismo a un criterio espiritualista.

5. Extensión objetiva del derecho, facultades que lo integran y limitaciones.

De acuerdo con la máxima romanísta "cujus est solum, — ejus est usque ad coelum et ad inferos", el principio de Dereu

cho común en la materia es el de que el titular de la pertenencia plena absoluta en posesión, es dueño de todo lo incorporado al suelo y de las riquezas almacenadas en el subsuelo (Commissioner for Railways v. Valuer General, 1974; Grigsby v. Melville, 1974). La legislación reciente ha modificado este principio en lo concerniente a los productos minerales. Pertenecen a la Corona todos los yacimientos petrolíferos, auríferos y argentíferos y a la Oficina Nacional del Carbón (National Coal Board) todos los de esta índole. Aunque el dueño tampoco adquiere el dominio de todo aquello que se haya suspendido sobre su predio, como líneas telefónicas, cornisas o anuncios luminosos, puede evitar su presencia ejercitando una acción negatoria (action of nuisance) o de reparación de daños (action of trespass), salvo que se trate de derechos adquiridos por un tercero en virtud de servidumbre.

Los derechos del titular de la pertenencia no se extienden al tesoro (de dueño plenamente desconocido) hallado en su fundo, el cual pertenece a la Corona o algún concesionario de ella a quien se hubiere otorgado franquicia en caso de hallazgo.

Los animales silvestres no pertenecen al dueño del suelo, salvo que los hubiere domesticado o hubieren sido muertos en su predio, incluso por terceros.

El dueño de una finca tiene valiosos derechos sobre las aguas que la atraviesan o en ella se estancan, regulados por la Ley de Recursos Hidrológicos (Water Resources Act) de 1963 que ha modificado sustancialmente las viejas normas del Derecho común en la materia. Esta Ley divide Inglaterra y Gales en regiones, cada una de ellas regida por una autoridad administrativa, a modo de Confederación Hidrográfica y establece un sistema imperativo de aprovechamiento de aguas controlado por dichas autoridades.

El agua de lagos y lagunas (aguas muertas) pertenece al dueño o dueños de las fincas en que se encuentran. Se rigen, pues, por el principio de accesoriedad, al considerarse dichas aguas parte integrante del fundo, y por ello como de propiedad privada. No se requiere concesión administrativa para su aprovechamiento. Las aguas subterráneas de cauce no definido o controlado, podían ser objeto de apropiación por el dueño del terreno que las alumbraba (aguas alumbradas), pero según la Ley de 1963 se requiere, generalmente, autorización administrativa para todo aprovechamiento que no sea doméstico.

Las aguas subterráneas o superficiales (aguas vivas), que discurren por cauce definido, plantean el problema de los derechos sobre éste y sobre el caudal de aquéllas. Los cauces de los ríos a los que no afectan las mareas (non tidal rivers), al quedar abandonados, pertenecen, "prima facie", a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras. Si el río está sujeto al movimiento de las mareas (tidal river) su cauce pertenece siempre a la Corona. En cuanto a las aguas, los dueños ribereños, tienen derecho a solicitar, de acuerdo con la Ley de 1963, la concesión administrativa para el aprovechamiento de las mismas, el cual habrá de ajustarse a los términos de dicha concesión. Faltando la concesión, únicamente podrá efectuarse captación de aguas hasta un volumen de 1.000 galones, en forma esporádica, o para usos domésticos y agrícolas, distintos del riego. El dominio sobre las fincas ribereñas al mar queda delimitado por la línea teórica alcanzada ordinariamente por las mareas altas (Government of Penang v. Beng Hong Oon, 1972); a partir de ella la costa pertenece al dominio público del Estado.

Se ha acertado a definir, con perspectiva clásica, las facultades que la pertenencia plena absoluta en posesión concede a sus titulares diciendo que le confiere la facultad legal de ejercitar en, sobre y respecto al predio, cualquier acto de dominio que pueda imaginarse, incluida la de realizar ilimitados actos de destrucción. No hay duda, sin embargo, que las restricciones legales vigentes a tan desmesurada y arcaica concepción del dominio, tienen remotos precedentes: construcciones obligatorias al amparo de Ordenanzas municipales, demolición de inmuebles ruinosos, etc., materia en la que se ha seguido legislando cada vez con mayor énfasis social. Cabe citar, a modo de ejemplo, las diversas Leyes de Viviendas y Alquileros.

Pero el más vigoroso ataque a la facultad a hacer lo que se quiera con los bienes inmuebles de los que se es dueño, procede de las varias leyes de Planificación Rural y Urbana (Town and Country Planning Acts) que pretenden evitar las perniciosas consecuencias que para la sociedad representa la falta de control en el desarrollo de la riqueza inmobiliaria. La especulación de terrenos y sus nocivos efectos sociales son, desgraciadamente, hechos tan difundidos en muchas latitudes geográficas que su realidad palpable nos ahorra entrar en detalles. La legislación citada pretendió, con resultados bastante positivos, luchar contra aquel fenómeno social partiendo del principio de un justo equilibrio entre intereses de la comunidad e intereses particulares.

PARTE II

DERECHO INMOBILIARIO FAMILIAR.

(Family interest).

- o - o - o -

* En Inglaterra, el estudio de las instituciones jurídicas inmobiliarias gira en torno a una clasificación basada en la diversa función social atribuible a sus dos elementos: Derecho inmobiliario familiar y Derecho inmobiliario comercial. A uno y otro dedicaremos, respectivamente, las partes II y III del presente capítulo.

El método expositivo adoptado es lógico y fiel reflejo del pragmatismo filosófico de que está imbuido todo el sistema jurídico inglés. Para distinguir, en la vida cotidiana, entre lo justo y lo injusto, no es preciso -piensan los juristas ingleses- remontarse a la cima de abstractas concepciones filosóficas, éticas o religiosas; el sentido innato de la justicia que todo hombre honrado -el juez- posee, es el instrumento, no exclusivo pero sí fundamental, para resolver las humanas contiendas. Para dar a conocer un sistema de derechos inmobiliarios elaborado a lo largo de muchos siglos de historia y socialmente muy arraigado, nada mejor -estiman los autores ingleses- que agrupar sus diversas instituciones de acuerdo con la función social que les está asignada.

Uno de los elementos esenciales de la imagen histórica del Derecho inglés, que hemos construido a lo largo del Capítulo anterior (v. 3, 4 y 5, principalmente), es la permanente aspiración de la clase terrateniente a asegurar el futuro de su estirpe, vinculando familiarmente

sus patrimonios inmobiliarios.

La reforma inmobiliaria de 1925, inspirándose en una tradición sólidamente implantada, estableció dos únicos cauces jurídicos para dar vida al propósito vinculador: la vinculación estricta y el fideicomiso para venta. De ellos surgen derechos presentes y futuros que, sin perjuicio de modalidades especiales nacidas de aquellas dos instituciones, son, principalmente, derechos reales limitadamente heredables, derechos vitalicios y la pertenencia, plena o menos plena, cuya revitalización ha de cerrar, necesariamente, el paréntesis que se abre con la creación del vínculo inmobiliario. Con escaso rigor metodológico, se incluye dentro del apartado de los Derechos inmobiliarios familiares el estudio de la comunidad o cotitularidad de los derechos reales.

No es esta la única, ni siquiera la principal muestra de falta de rigor sistemático apreciable en el seno de la clasificación que nos ocupa. El Derecho inmobiliario familiar es, en realidad, un amplio cajón de sastre en el que, en base al común denominador de una finalidad social coincidente se agrupan, en heterogéneo conglomerado, instituciones jurídicas de naturaleza y función muy diversas, como no tardaremos en comprobar. Se trata además, de figuras jurídicas de carácter híbrido cuyo centro de gravedad hay que situarlo, si nos atuviéramos a la sistemática científica de general aceptación entre los autores españoles, más en el campo del Derecho de sucesiones que en el de los Derechos reales. Este fenómeno contribuye a explicar la gran complejidad que caracteriza al Derecho inmobiliario inglés, circunstancia que ya fué reseñada al principio del Capítulo II.

1. LA VINCULACION ESTRUCTA Y EL FIDEICOMISO PARA VENTA (The -
Strict Settlement and the Trust for Sale).

- o - o - o -

* La vinculación de la propiedad inmobiliaria consiste, en esencia, en la creación de un especial estatuto jurídico regulador del ejercicio de las facultades de disposición, "inter vivos" y "mortis causa", y aprovechamiento de las pertenencias y derechos sobre ella, régimen llamado a imperar durante un cierto periodo de tiempo, que suele ser bastante dilatado.

Nacen, de este modo, por voluntad del constituyente del vínculo, derechos reales limitados cuyas raíces están en la pertenencia que se vincula. La existencia simultánea de aquellos y ésta es incompatible puesto que, en Derecho inglés, la vinculación de las pertenencias es sinónimo de desarticulación de las facultades de disposición y aprovechamiento que la integran y asignación de las mismas a una pluralidad de sujetos que están llamados a asegurar, en actuación coordinada, el cumplimiento de la finalidad perseguida con la creación del vínculo. La reintegración, en manos de un solo titular, de las facultades dominicales, plenas o menos plenas, sobre el bien vinculado, o el que le hubiese sustituido en virtud de subrogación real, constituye la desvinculación de la propiedad. Esta recupera su natural libertad y el especial estatuto jurídico que se le impuso pierde su vigencia; ello lleva aparejada la extinción de todos los derechos y facultades limitados surgidos a lo largo del periodo de interinidad que se clausura.

./.

En términos generales, prescindiendo de matices -lo que si siempre resulta aventurado puede ser una actitud casi temeraria cuando se trata del estudio del Derecho - inglés- hemos de tener presente que el gobierno y administración de las vinculaciones se hace a través de una institución jurídica que es de creación simultánea al vínculo: el fideicomiso. Gran parte o algunas de las facultades inherentes al dominio de los bienes vinculados se confían a un tercero (fiduciario) cuyo oficio consiste en usar del poder que se pone en sus manos, de acuerdo con la voluntad del constituyente y tutelando los intereses de los beneficiarios, presentes y futuros, de la propiedad vinculada.

La vinculación de la propiedad puede hacerse adoptando uno de los dos patrones reconocidos por la ley, - que se ha limitado a recoger y depurar el sedimento de - muchos siglos de tradición jurídica vinculatoria. Los - dos únicos procedimientos que el Derecho juzga aptos para dar cauce al propósito vinculador son la vinculación estricta y el fideicomiso para venta, de cuya existencia y peculiaridades tenemos ya noticia, en embrión, a través de lo dicho en el capítulo anterior. Las diferencias básicas entre ambas instituciones son mucho más de forma - que de fondo; hay entre ellas una sustancial identidad - de propósitos pero la estructura de sus mecanismos de - funcionamiento es muy diversa.

En lo tocante a su función, ha de decirse que son - instituciones cuya genuina finalidad es vincular, dentro del núcleo familiar, la propiedad inmobiliaria o real -el fideicomiso para venta es también vehículo apto para vincular la propiedad personal- creando, generalmente a fa-

vor de los descendientes, derechos reales vitalicios y - pertenencias limitadamente heredables o gravando los predios con cargas reales de índole familiar, como dotes, - donaciones colacionables, alimentos, etc. Dado el carácter absoluto que es consustancial a la pertenencia plena en posesión para mantener su condición de derecho inmobiliario legal (v. parte I de este capítulo) el único procedimiento para hacer viable la existencia de las llamadas pertenencias modificadas (sujetas a condición, modo o término) es enmarcándolas en una vinculación bajo cuya protección han de funcionar durante el periodo de interinidad que les es propio.

Comunmente, ambas modalidades de vinculación son - fruto de un acto de libre voluntad del creador del vínculo, expresado por acto "inter vivos" o "mortis causa". - Excepcionalmente, sin embargo, el régimen jurídico vinculatorio constituye una imposición legal. Tal ocurre con la vinculación estricta en cuanto único sistema a través del cual resulta viable que los menores de edad (18 años cumplidos) sean, en calidad de beneficiarios de la vinculación, usufructuarios de pertenencias legales, para cuya titularidad directa y plena carecen de capacidad jurídica. Más frecuentes son los ejemplos de fideicomisos para venta de origen legal. Entre todos ellos sobresale el que automáticamente se constituye en todos los supuestos de cotitularidad o comunidad de bienes inmuebles, como - instrumento para administrar y disponer de los derechos de los comuneros.

Confirmando lo antes apuntado, las diferencias diametrales entre vinculación estricta y fideicomiso para - venta son producto de un planteamiento netamente dispar

de sus respectivos esquemas operativos. Primeramente, la propiedad queda vinculada de distinto modo en uno y otro caso. En ambos, con el fin de evitar el temido y nocivo efecto de la inalienabilidad de los inmuebles, está autorizada la disposición de la pertenencia vinculada. Pero lo que en la vinculación estricta no pasa de ser una mera posibilidad, en consonancia con su objeto primordial, que es el de conservar las fincas en el patrimonio familiar, en el fideicomiso para venta -como su propio nombre indica- hay mandato expreso de vender que solo cabe posponer, incluso indefinidamente, si media acuerdo unánime entre los titulares de la facultad de venta; y es -que en el fideicomiso para venta no constituye finalidad principal la conservación de las fincas, sino la de su valor, considerado como una inversión en pro de los beneficiarios de la vinculación.

Además, el papel de protagonista está reservado, en una y otra institución, a distintos sujetos. La figura principal de la vinculación estricta es el titular vitalicio de la pertenencia en el que, normalmente, y sin perjuicio de casos especiales, numerosos e importantes, confluyen las facultades dispositivas y de aprovechamiento de la finca vinculada, que habrá de ejercitar con estricto respeto a los derechos de los beneficiarios posteriores. Son ejemplos típicos de titulares vitalicios de la pertenencia los propietarios de derechos vitalicios y limitadamente heredables. En esta modalidad vinculatoria, el rol asignado a los fiduciarios -los hay, en número de dos, como mínimo, sin perjuicio del carácter de fiduciario que, por imperativo legal, le está asignado al titular vitalicio- es el de controlar y supervisar, en cierta medida, la actuación del titular vitalicio y hacer se

cargo del capital en metálico resultante de la disposición de la pertenencia vinculada.

Por contra, en el fideicomiso para venta, la función, de mayor relieve está atribuida a los fiduciarios en quienes, colectivamente, recaen las facultades dispositivas, eclipsándose la figura del titular vitalicio que queda reducido a un simple beneficiario actual de la pertenencia vinculada.

Agilidad y flexibilidad son rasgos que, comparativamente, se aprecian en más alto grado en el fideicomiso para venta que en la vinculación estricta. En esta superior manejabilidad está el origen de la mayor aceptación práctica del fideicomiso para venta, y de la preferencia que hacia él demuestra el legislador cuando trata de regular imperativamente determinadas situaciones jurídicas con arreglo al patrón vinculatorio.

Los diversos componentes del complejo entramado de las vinculaciones inglesas no son ajenos al Derecho civil español, común y foral, hallándose encuadrados, casi por entero, en el ámbito del Derecho de sucesiones y diseminados a lo largo y ancho de sus textos legales (Código civil y Compilaciones de Derecho foral). En modo alguno puede establecerse una rigurosa equivalencia entre las instituciones propias de ambos Ordenamientos jurídicos nacionales, ni por su naturaleza y caracteres, en cuyo terreno las diferencias son muchas y muy importantes, ni por su ámbito de aplicación, muy amplio y heterogéneo en Derecho inglés y reducido y sensiblemente homogéneo en Derecho español, ni aún menos por su importancia práctica, ya que en nuestro Derecho se trata

de figuras jurídicas de no mucho relieve dentro del conjunto de nuestras instituciones civiles, muy al contrario de lo que ocurre en Derecho inglés, en el que vinculaciones y fideicomisos son instituciones de enorme importancia y de general aplicación en la realidad jurídica cotidiana. Soslayamos el aspecto histórico del tema, en cuya dimensión las vinculaciones, a través, principalmente, de los mayorazgos, pesaron considerablemente en nuestro Ordenamiento jurídico, por estimar que pueden ser suficientes, a nuestros particulares fines, las someras observaciones contenidas en el comentario al apartado 5 - del capítulo II.

La finalidad vinculatoria, por imperativo legal y sin expresa instrumentación en forma de fideicomiso, de bienes determinados -no solo inmuebles- a favor de los componentes del círculo familiar del causante, está presente en la institución de las reservas, en los derechos de reversión o recobro y en la sucesión troncal.

En nuestro Ordenamiento jurídico las reservas implican (v. CASTAN, op. cit., 6, I, págs. 165 y sgs. Madrid 1969) un régimen sucesorio excepcional, a virtud del cual se sustraen de la libre disposición del testador (reservista) y del ordinario cauce sucesorio "mortis causa", determinado por la voluntad de aquél o por la ley, ciertos bienes cuya transmisión, o la de su equivalente, a otras personas (reservatorios) supervivientes del reservista, ha de asegurarse en los términos previstos por el legislador. Nuestro Código civil admite tres diferentes especies de reservas: la ordinaria o del cónyuge binubo, la extraordinaria o lineal y la especialísima en favor del ausente.

La reserva ordinaria o común, regulada por los arts. 968 a 980, puede ser definida como la institución -constitutiva de una sucesión especial- por la que se impone al viudo que contrae segundas o ulteriores nupcias o ha tenido en estado de viudez un hijo natural, la obligación legal de conservar en favor de los hijos y descendientes - del matrimonio anterior los bienes adquiridos a título lucrativo de cualquiera de los hijos de dicho matrimonio, - del difunto consorte o de los parientes de éste en consideración a él.

La reserva extraordinaria o especial designada usualmente con la denominación de reserva troncal o semitroncal lineal o familiar, está regulada por el art. 811, y puede ser definida, en presencia de este texto, como la sucesión especial que se produce a virtud de la obligación que se impone al ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, de conservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley, en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan.

La reserva en favor del ausente está contenida en los artículos 191 y 192, en su redacción de 8 de septiembre de 1939. Si estando declarada la ausencia se abre una herencia en favor del ausente, éste es beneficiario de una reserva impuesta a cargo de las personas que tengan derecho -por título propio o acrecimiento- a la porción del ausente.

Por otra parte, la reserva no es una institución exclusiva de nuestro Código civil. A título de ejemplo, basta con citar las leyes 274 y 275 de la Compilación de De-

recho civil foral de Navarra en las que, respectivamente, se contempla la reserva vidual y la reserva troncal.

Es interesante poner de relieve, resltando así la finalidad comparativa de nuestro comentario, que entre las diversas teorías que se han propuesto para explicar la naturaleza jurídica de las reservas figura la que las equipara a la sustitución fideicomisaria. Sin perjuicio de su similitud estructural, se diferencian por su diverso origen -legal en aquellas y voluntario en estos-, y por la inexistencia de fiduciarios propiamente dichos en las reservas, y porque los derechos de los reservatarios son menos sólidos que los de los fideicomisarios. Aquellos son meramente expectantes, mientras que éstos, por expresa declaración del Código, nacen desde la muerte del testador y se transmiten a los herederos del fideicomisario, aunque muera éste antes que el fiduciario (art. 784).

Si examinamos el estatuto jurídico del reservista podemos vislumbrar un parentesco, aunque sea lejano, entre él y el titular vitalicio de la pertenencia. Las facultades dispositivas del reservista sobre los bienes reservables, singularmente los inmuebles, no son, sin embargo, tan amplias como las del titular vitalicio, quizá porque el periodo de interinidad en que la reserva consiste está siempre circunscrito, como máximo, a la vida del reservista. La regulación de las facultades dispositivas inmobiliarias de estos sujetos parece más acertada en el Ordenamiento jurídico inglés que en el nuestro. La facultad que el art. 975 -aplicable a todas las modalidades de reservas- reconoce a los reservatarios para impugnar las enajenaciones del reservista, ejercitando una ac

ción de nulidad y recobrando los bienes, siempre que en el Registro constare su calidad de bienes reservables, constituye un engorroso y grave obstáculo al libre tráfico de dichos bienes, que prácticamente los torna inalienables durante la vigencia de la reserva. No ocurre otro tanto en las vinculaciones familiares inglesas, cuyo régimen jurídico ha sabido conciliar libertad de tráfico y protección a los derechos de los beneficiarios - desplazando el vínculo desde las fincas al capital en metálico que, por subrogación real, viene a ocupar su lugar.

El derecho de reversión o recobro está reconocido, en favor de los ascendientes, por el art. 812 del Código civil. Consiste en el derecho a suceder, con exclusión - de otras personas, en las cosas dadas por aquellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. En caso - contrario suceden en los bienes o acciones que, en virtud de subrogación real, les hubieren sustituido. Este - derecho, que constituye una manifestación peculiar de la legítima de los ascendientes, rige tanto para la sucesión testada como para la intestada de sus descendientes causantes.

En la Compilación de Derecho civil de Aragón, lo - que el derecho de recobro gana en amplitud subjetiva lo pierde en absorción de supuestos porque, a diferencia - del regulado en el Código civil, existe únicamente en el ámbito de la sucesión intestada. En los artículos 129 a 131 se regulan tres distintas modalidades de este derecho: a) en favor del cónyuge, o de sus herederos, que - asigna dote a su consorte, si éste fallece sin descen --

dientes legítimos comunes y sin haber dispuesto expresa y singularmente de los bienes correspondientes; b) en favor de los ascendientes o hermanos superstites de quién fallece abintestato y sin descendencia legítima, por razón de los bienes que le hubieren donado y que aún existan en el caudal y c) como complemento de los dos supuestos anteriores, procede también el recobro previsto en los mismos si, habiendo recaído los bienes en descendientes del finado, fallecen éstos sin descendientes y sin haber dispuesto de dichos bienes.

La vinculación que, en sentido genérico, se da en los casos de derecho de reversión o recobro se desenvuelve en un área de intereses, pero no de mecanismos jurídicos, muy próxima a la que es propia de las vinculaciones inglesas, en cuanto instrumentos para la creación de cargas reales de índole familiar, como rentas censales, dotes, donaciones colacionables, alimentos, etc. La lógica aplicación, que hace nuestro Derecho, del principio de subrogación real, constituye, una sabia armonización de libertad de tráfico y protección de los intereses familiares.

La sucesión troncal, de la que hay exponentes en las Compilaciones de Aragón, Navarra y Vizcaya constituye (v. BRAGA DA CRUZ, O Direito de Troncalidade, I, pág. 19) una regla de llamamiento hereditario aplicable tan sólo en la sucesión "ab intestato" de quién fallece sin descendientes, y, según la cual, los bienes poseídos por el causante con el carácter de "propios", es decir, "bienes de familia", no adquiridos de extraños, deben ser atribuidos exclusivamente a los parientes del mismo

lado del que estos bienes proceden. En Aragón, por citar solo un ejemplo entre nuestras legislaciones forales, - son troncales, en general, los bienes de familia (procedentes de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado) aún cuando, se hayan adquirido a título oneroso. Tienen la condición de parientes tronqueros: los hermanos, el padre o la madre y los colaterales hasta el cuarto - grado -si bien en algún caso no hay limitación de grado- siempre que todos ellos pertenezcan a la línea de donde proceden los bienes.

La idea de protección patrimonial de un amplio círculo familiar tiene, en la sucesión troncal, su expresión más enérgica en cuanto a la amplitud de su contenido objetivo y subjetivo y su más endeble manifestación en - cuanto a la obligatoriedad con que se impone al titular de los bienes que, por un simple acto dispositivo "mortis causa", e incluso, por actos "inter vivos", puede - destruir la aplicación del principio de troncalidad.

Las tres instituciones jurídicas hispanas a las que, con la mayor concisión, acabamos de referirnos en cuanto muestras de la idea vinculatoria familiar en nuestro Derecho, son, como ya dijimos en el párrafo introductivo a su estudio, de origen exclusivamente legal. Pero, entre nosotros, la vinculación de la propiedad, con miras preferentemente familiar también puede ser de origen voluntario. Tal es el caso de las sustituciones fideicomisarias que están admitidas no sólo por el Código civil, si no también por las Compilaciones de Derecho Civil especial de Cataluña, Baleares y Navarra.

Se llama sustitución fideicomisaria (v. CASTAN TOBENAS, CASTAN VAZQUEZ, BATISTA y VALLET; Derecho civil es-

pañol común y foral, 6, II, págs. 233 y sgs. Madrid, 1973) la disposición por virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o cosa legada y de transmitirla a su muerte a otra u otras personas, expresamente indicadas por el mismo. El Código civil regula esta institución en los artículos 781 a 789, en el primero de cuyos preceptos considera a las sustituciones fideicomisarias como aquellas "en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia".

La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia y a otra el usufructo, es válida. Esta disgregación de facultades dominicales presenta una cierta semejanza, más aparente que real con las vinculaciones inglesas. A diferencia de lo que está previsto para éstas, ningún titular de los derechos que convergen sobre los bienes transmitidos de forma tan singular puede, por sí solo, disponer del dominio pleno. O hay acuerdo entre ambos titulares o éste se torna inalienable.

Pero dejando a un lado este supuesto especial, que cabría denominar sustitución fideicomisaria impropia, y volviendo a aquél, estimado como general o propio, en el cual no hay expresa disgregación de facultades dominicales, resulta que el heredero fiduciario tiene el derecho de disfrutar de los bienes, a semejanza de un usufructuario -y- del típico titular vitalicio de la pertenencia o beneficiario actual, en las vinculaciones inglesas- pero ha de restituir al fideicomisario o beneficiario futuro los bienes heredados, previo inventario de los mismos, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa. Lo que en ningún caso puede hacer es

disponer de los bienes fideicometidos en perjuicio de su restitución, pero aunque lo haga, por tratarse de sustituciones fideicomisarias condicionales, en las que el - gravamen puede desvanecerse, ha de hacerlo con la carga de éste.

Ciertamente, los mecanismos vinculatorios ingleses son mucho más complejos que los de nuestro Código civil, pero la sabia armonización de intereses en juego que con ellos se logra, que está ausente de nuestro Ordenamiento jurídico, justifica esta complejidad. En nuestro Derecho, mientras la sustitución fideicomisaria subsiste, la propiedad se torna prácticamente inalienable, salvo si hay acuerdo, siendo posible, entre fiduciario y fideicomisario, lo que no ocurre en Derecho inglés, que ha sido especialmente cuidadoso en habilitar la presencia permanente de alguien que pueda disponer de la pertenencia vinculada. De otra parte, la semejanza entre el fiduciario inglés y el español es puramente verbal. Este es el equivalente de un beneficiario actual, en el sistema inglés, mientras que el fiduciario anglosajón no es titular de facultades en interés propio, sino un sujeto llamado a tutelar intereses ajenos y a arbitrar soluciones en los supuestos de conflicto entre ellos. En suma, y simplificando, el fiduciario inglés es un administrador o gestor en nombre ajeno, en tanto que el español lo es en nombre propio. Esta importante diversidad de funciones ya ha sido observada, anteriormente, por PUIG BRUTAU (Estudios..., pág. 63).

El régimen jurídico de las sustituciones fideicomisarias en la Compilación de Cataluña es muy detallado. - No hay en su texto ninguna institución más ampliamente - desarrollada, sin que ello implique cambio de concepto -

respecto a la institución de igual nombre regulada por -
el Código civil.

En lo concerniente a la posición del fiduciario y, singularmente, a sus facultades dispositivas respecto a los bienes fideicometidos, lo que constituye el eje de - nuestro comentario, ha de decirse que en la medida en - que su estatuto jurídico se aleja del que es propio del fiduciario del Código civil se aproxima, en cierta medida, al titular vitalicio y a los fiduciarios ingleses. - Puede, el fiduciario catalán, realizar actos dispositi- vos en los fideicomisos condicionales pero subsistiendo la carga del fideicomiso en los bienes transmitidos. Está facultado para enajenar o gravar los bienes fideicom- tidos en concepto de libres, si media autorización del - testador, o de los fideicomisarios. Y goza también de fa- cultades de disposición, previa notificación al fideico- misario o al curador -importante sujeto tutelar, no inte- resado patrimonialmente en la vinculación, al igual que los fiduciarios ingleses- para, entre otras cosas, dispo- ner de parte de los bienes con miras a atender a gastos extraordinarios de conservación y refacción de otros bie- nes del fideicomiso y garantizar con hipoteca préstamos destinados a la construcción de edificios. Finalmente, - con autorización judicial, puede reemplazarlos por otros bienes a fin de obtener mayor rentabilidad o utilidad; - la autorización judicial no es precisa si el fideicomi- tante hubiere permitido y regulado la subrogación de los bienes.

Y todo ello, sin menoscabo de las facultades de -
"conservación o administración dinámica" para vender lo
que no se pueda conservar sin deterioro, sustituir lo -

que se deteriora por el uso, retrovender bienes comprados con pacto de gracia, concertar convenios en materia de expropiación forzosa, etc.

Indudablemente, la intención de asegurar los intereses amparados por el fideicomiso, proveer a su oportuna administración, conservación y mejora, y facilitar - una cierta libertad de tráfico, "inter vivos", de los mismos, está presente en la detallada normativa de la - Compilación de Cataluña -único ejemplo de Derecho foral al que hacemos mención- empleando una técnica jurídica próxima a la que rige para las vinculaciones inglesas.†

- o - o - o -

1.1. Preliminar.

La génesis y evolución histórica de ambas instituciones ha sido estudiada, muy en síntesis, en el capítulo precedente. Los dos métodos a través de los cuales es posible, en la actualidad, vincular la propiedad inmueble con fines sucesorios, son la vinculación estricta (the strict settlement), - de acuerdo con lo estatuido en la Ley de Propiedad Vinculada (Settled Land Act) de 1925, y el fideicomiso para venta - (trust for sale) previsto en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925.

Junto a estas dos especies, de muy rancio abolengo en - el Derecho inmobiliario inglés, hemos de situar una tercera, en la que bajo la denominación de nudo fideicomiso (bare - trust) o fideicomiso simple (simple trust) tienen acogida - los casos en los que, fuera del ámbito del Derecho de suce - siones, ha cristalizado el propósito tan grato a los ingle - ses, de disponer y disfrutar de la propiedad a través de per - sona interpuesta y en virtud de una relación de fiducia. El fideicomiso simple existe cuando uno o varios fiduciarios os - tentan la titularidad de propiedad personal o real, y equita - tiva o legal, a favor de un mayor de edad que es beneficia - rio absoluto de dicha titularidad. Tal es el caso de un acto dispositivo a favor de T en pertenencia plena pero en fidei - comiso para A en pertenencia plena. En este caso, la posi - ción de los implicados en el fideicomiso es similar a la de quienes estaban ligados por la cesión fiduciaria (v. cap. I, 5) antes de la promulgación del Estatuto de 1535. El fiducia - rio, T, está obligado a permitir que A tome posesión de los bienes cedidos fiduciariamente o bien a entregarle sus fru - tos y ha de actuar de acuerdo con las instrucciones de A pa - ra disponer de tales bienes. Los fideicomisos simples exis - tentes antes de 1926 dejaron de existir por aplicación de la

Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925 - que dispuso la reversión automática al beneficiario, en titularidad plena, de los bienes que estuvieren en tal situación. Pero no hay obstáculo, al menos en opinión de algunos autores, para que sean creados de nuevo a partir de esa fecha.

Es de capital importancia distinguir, en cada caso, ante cual de las dos figuras jurídicas primeramente citadas - nos encontramos, ya que la perceptible proximidad de sus respectivos contenidos, fines y mecanismos de aplicación puede, a veces, inducir a confusión. La comisión de un error en su calificación puede ir acompañada^{de} incómodas y costosas consecuencias prácticas; así, el adquirente de un inmueble afecto a una vinculación ha de tener en cuenta que el facultado para transmitir la pertenencia legal cuando de vinculación estricta se trata, es el titular vitalicio de la pertenencia - (life tenant), mientras que en el caso de fideicomiso para venta los que tienen facultad para ello son los fiduciarios (trustees).

En tiempos recientes, principalmente por razones fiscales, la vinculación estricta es fórmula a la que cada vez se acude menos asiduamente, sobre todo en su clásica modalidad de vinculación matrimonial (marriage settlement) que se instituyó con ocasión del matrimonio, estableciendo previsiones en favor de la familia y reteniendo la propiedad inmueble bajo su control tanto como fuera posible. Por el contrario, el fideicomiso para venta está en auge como vehículo para la creación de vinculaciones familiares, habiendo sido - extendido, en 1925 su ámbito de actuación a los supuestos de cotitularidad de derechos reales (concurrent interests) y sucesión intestada (intestacy) como tendremos ocasión de comprobar a su debido tiempo. Ofrece, además, la ventaja de que puede aplicarse indistintamente a muebles e inmuebles, lo -

que no ocurre con la vinculación estricta cuyo único objeto - posible son los inmuebles y, en general, mayor flexibilidad y agilidad.

1.2. Vinculación y fideicomiso: nociones básicas.

Incurriríamos en un defectuoso planteamiento del estudio de estas dos instituciones jurídicas, vinculación estricta y fideicomiso para venta, que constituyen la fuente de la que mana el ancho caudal de los derechos reales familiares (presentes y futuros), si prescindiéramos de establecer su concepto, analizando, en una visión sinóptica, sus elementos esenciales.

No obstante su íntima trabazón, nacida de su obligada presencia simultánea en ambas instituciones, vinculación y fideicomiso son conceptos que, al menos en el plano teórico, se prestan a, y a nuestro juicio requieren, un tratamiento diferenciado.

La palabra vinculación, en su acepción jurídica más acorde con su significado histórico, implica la existencia de una relación sucesoria, referida a la propiedad personal o a la real. Vinculación (settlement), en una acepción más técnica, es un acto de disposición, testamentario o contractual, que llevan a cabo, bien individualmente, el dueño de ciertos bienes o propiedades (titular de una pertenencia legal en caso de inmuebles) o bien conjuntamente, quienes aunando sus voluntades acumulan la plenitud de facultades dispositivas sobre ellos (resettlement). Mediante este acto dispositivo se sujetan tales bienes a un especial estatuto transmisorio, "inter vivos" y "mortis causa", consistente en reemplazar su natural libertad de tráfico jurídico por una situación de disponibilidad restringida, a fin, generalmente, de mantener la cohesión

social de una familia mediante la adscripción de ciertos elementos económicos a su patrimonio durante dilatados periodos de tiempo.

La vinculación es, fundamentalmente, el resultado final perseguido consistente en la adopción de un peculiar régimen jurídico para la disposición y, en función de ésta, para el aprovechamiento de determinados bienes.

El fideicomiso, por su parte, que nace también del acto vinculatorio como un instrumento al servicio de sus objetivos, es una relación jurídica triangular que se establece entre quien vincula la propiedad (fideicomitente o constituyente del vínculo, "settlor") un tercero (fiduciario o "trustee") al que transmite su titularidad dominical o algunas de las facultades que la integran, para que haga uso de ellas de conformidad con los términos de la vinculación, y la persona en cuyo beneficio se establece ésta (fideicomisario o beneficiario; "cestui que trust or beneficiary").

En el montaje del mecanismo fiduciario se hace presente uno de los rasgos más acusados del Derecho inmobiliario inglés: la oblicuidad de sus soluciones, el recurso a los negocios jurídicos indirectos en los que, inexcusablemente, la fiducia está llamada a desempeñar el papel de protagonista. No se trata de una solución artificial y caprichosa -no cabría imaginar, por otra parte, nada más alejado del sentir tradicional y pragmático de los juristas ingleses- sino de un precipitado de su historia que, ya lo vimos en el capítulo anterior (v. 4 y 5) solo dejó practicable para el logro de las finalidades vinculatorias, el angosto sendero, no exento de riesgos, de las cesiones fiduciarias. Del régimen jurídico de los fideicomisos únicamente atraerá nuestra atención

ción aquellos de sus aspectos que son esenciales para comprender el peculiar engranaje de las dos grandes modalidades vinculatorias del Derecho inglés: la vinculación estricta y el fideicomiso para venta. Prescindiremos, sin embargo, de estudiar la teoría general de los fideicomisos, que no es exclusiva del Derecho inmobiliario.

Seguramente, el Derecho inglés, de haber sido otra la historia del país, habría tomado otros derroteros menos sinuosos para colmar la aspiración de la clase terrateniente a mantener, por encima del natural relevo de las generaciones, la integridad de sus patrimonios familiares inmobiliarios. La historia del Derecho español nos suministra un claro ejemplo de vinculación patrimonial familiar, el mayorazgo, articulado sin la obligada concurrencia de terceros fiduciarios a los que hubiera de transmitirse la propiedad de los bienes vinculados o se les encomendara el ejercicio de determinadas facultades ordenadas al buen fin de la vinculación.

De todos modos, la realidad de las instituciones jurídicas inglesas se muestra mucho más rica y matizada y, por ello, infinitamente más compleja que cualquier definición, por muy completa y acabada que ésta se pretenda; por ello, aquellas sólo tienen un valor meramente orientativo. Resulta de esto, entre otras cosas, que atendiendo a un planteamiento exclusivamente teórico, son notas esenciales de la vinculación pura, la perpetuidad y la inalienabilidad. Ninguna de las dos arraigó en el Derecho inglés, merced al exquisito tacto y a la enorme prudencia de sus juristas, que se dieron cuenta a tiempo que ello hubiera provocado, a no muy largo plazo, un colapso total del tráfico jurídico inmobiliario cuya víctima final hubiera sido, como ocurrió en Derecho español, la propia vinculación, institución que una sociedad capitalista no puede permitirse el lujo de tolerar si conduce a una completa asfi-

xia de la necesaria libertad del comercio de inmuebles.

Consecuencia del rechazo de aquellos dos principios son las normas desamortizadoras aplicables a los derechos futuros (reglas contra inalienabilidad, perpetuidades y acumulaciones) y la asignación de la facultad de disponer a algún sujeto de los intervinientes en la vinculación: titular vitalicio de la pertenencia, dueño estatutario o fiduciario.

1.3. VINCULACION Estricta.

1.3.1. Ambito de aplicación.

La vinculación estricta presupone la presencia, natural pero no esencial, de derechos reales inmobiliarios sucesivamente encadenados y, mientras la vinculación subsiste, la de una persona con facultades dispositivas de la pertenencia legal (plena o menos plena) sobre la finca, subordinadas a la finalidad vinculatoria.

La voluntad creadora de un especial estatuto sucesorio, o transmisorio "inter vivos", para la propiedad real puede acogerse, a través del instrumento de la vinculación estricta, a alguno de los supuestos que, en amplio abanico, son contemplados por la Ley de Propiedad Vinculada (Settled Land Act) de 1925.

En un intento, muy poco inglés, de sistematizar la casística y heterogénea enumeración legal pueden distinguirse, de acuerdo con la finalidad perseguida, las siguientes especies de vinculación estricta:

- 1ª. Las que sirven de vehículo para constituir, con inmediata transmisión posesorio o diferida ésta al fallecimiento del causante, pertenencias, ahora derechos

reales, limitadamente heredables (entailed interests) y pertenencias, ahora derechos reales, vitalicias (life - interests). De su respectivo régimen jurídico nos ocuparemos a lo largo de esta II parte del presente capítulo. Sin menoscabo de ello, podemos citar algún ejemplo para ilustrar el concepto, lo que sí constituye una técnica expositiva genuinamente inglesa.

Un caso normal de limitación testamentaria de la pertenencia plena es el disponer de ella, vitaliciamente, en favor de A (life tenant) con derecho futuro expectante (remainder) a la pertenencia plena en favor de B, cuando A fallezca. Otro ejemplo lo constituye la disposición de la titularidad de la finca en favor de A y los herederos engendrados de su cuerpo (entailed interests).

2ª Las que sirven de vehículo de constitución de pertenencias modificadas (modified fees), creadoras de un periodo de interinidad en la firmeza o carácter absoluto de la titularidad de la pertenencia plena o menos plena o arrendamiento real. Son las pertenencias limitadas o modales (determinable fees) y las sujetas a condición o término (fee simple upon condition) de cuya existencia ya tenemos conocimiento (v. 3, parte I, de este capítulo).

Constituye un ejemplo de las primeras el legado de una casa en favor de A, en pertenencia plena, sujeta a la carga u obligación modal de que aloje a X en ella, y si infringe el cumplimiento de esta obligación, el legado se entiende hecho en favor de B, en pertenencia plena absoluta en posesión.

Asimismo, cae dentro de este supuesto, en la segunda de sus modalidades, la transmisión de la pertenencia plena en favor de los dos hijos de X que alcancen la mayoría de edad (18 años). El primero en llegar a ella adquiere la titularidad plena de la mitad de la pertenencia, y eventualmente, la de la totalidad de la misma si su hermano fallece en situación de minoría de edad (Re Bird, 1927).

3ª Los menores de edad carecen, en Derecho inglés, de capacidad jurídica para ser titulares de cualquier pertenencia legal inmobiliaria, sea ésta la plena y absoluta en posesión o la menos plena o arrendamiento real. Como medio de suplir su incapacidad para adquirir "inter vivos" o "mortis causa", a título oneroso o gratuito, ambas titularidades máximas de carácter inmobiliario, la legislación de 1925 ha habilitado en su favor el mecanismo de la vinculación estricta, asignando al menor el papel del beneficiario o fideicomisario con relación a los predios integrantes de su patrimonio. Se trata, en realidad, de un supuesto de vinculación estricta de origen legal.

4ª Están, finalmente, las que sirven de instrumento para la creación de cargas reales de índole familiar. Hay vinculación, en tal sentido, cuando la propiedad inmobiliaria por mera liberalidad (voluntarily), por causa de matrimonio (in consideration of marriage) o en virtud de un convenio familiar (by way of family arrangement) -presumiblemente de carácter oneroso (Williams v. Williams, 1867)- queda gravada con el pago de alguna renta censal (rentcharge) o suma de capital como dote (portions) donación colacionable (advancement) alimentos (maintenance) o de otra manera, en beneficio de una o varias personas.

Es oportuno advertir que, en esta última modalidad de vinculación estricta, a diferencia de lo establecido para las otras tres anteriormente citadas, no es de necesidad el soporte de un fideicomiso y su correspondiente cortejo de fideuciarios. Si, por ejemplo, A, grava su pertenencia plena con una renta vitalicia (annuity) en favor de su esposa y con el importe de ciertos capitales, en concepto de dotes o alimentos, en favor de sus hijos, puede otorgar, pero no está obligado a ello, una escritura de transmisión de propiedad (vesting deed) constituyéndose en titular vitalicio de la pertenencia, de acuerdo con el peculiar mecanismo constitutivo de las vinculaciones estrictas, en cuya exposición entraremos enseguida. Alternativamente, puede mantenerse como dueño de la pertenencia plena y realizar actos dispositivos de ella, sin perjuicio de las cargas que la graven.

La variada tipología de posibles vinculaciones estrictas puede, al entrecruzarse varias modalidades sobre una misma finca, alumbrar fórmulas mixtas (compound settlement) que están expresamente admitidas por la Ley de 1925. No olvidemos tampoco, al tratar de este tema, la posibilidad de las revinculaciones (ressetlement) a las que nos hemos referido en el capítulo anterior (v. 5. 2.).

1.3.2. Elementos personales.

En el enmarañado panorama jurídico que ofrece toda vinculación estricta es bastante numerosa y heterogénea la nómina de actores. Entre ellos se reparte el conglomerado de intereses económicos y funciones en que la pertenencia legal se fragmenta al quedar sometida al especial estatuto jurídico vinculatorio.

El sujeto jurídico promotor de su existencia es el fidei comitante o vinculante (settlor) titular de la pertenencia le gal (legal estate) que se vincula, o las varias personas que, en una vinculación en curso, y acumulando la totalidad de las facultades de aprovechamiento y disposición sobre la pertenencia vinculada, optan por prolongar el "status" vinculatorio - mediante el otorgamiento de una revinculación (resettlement). Sus propósitos vinculatorios admiten cierto grado de indeter- minación, ya que pueden reservarse para más adelante o con -- fiar a un tercero la facultad de determinar (power of appoin tment) a los beneficiarios.

Al rechazar categóricamente el Derecho inglés, según antes vimos, el principio de inalienabilidad de los bienes vin- culados, se hizo necesaria la presencia de un titular de las correspondientes facultades dispositivas. Se atribuyeron és -- tas al denominado titular vitalicio de la pertenencia (tenant for life) en el que suele concurrir también la condición de - usufructuario de la misma (life interest). Dada la imposibili- dad jurídica de que tales facultades queden vacantes, la even- tual ausencia del titular vitalicio se suple con el dueño es- tatutario (statutory owner) que es depositario tan solo de las facultades dispositivas pero no de las de aprovechamiento.

En la vinculación estricta los fiduciarios (trustees) - tienen un rol netamente fiscalizador del buen desempeño de la función asignada al protagonista de la obra: el titular vita- licio o, su sustituto, el dueño estatutario.

La pléyade de los beneficiarios o fideicomisarios, para la protección de cuyos intereses se monta un aparato jurídico del más puro estilo barroco, la integran una legión de suje- tos jurídicos muy numerosa y aún más heterogénea, actuales - unos y potenciales otros, nacidos y por nacer. El único deno-

minador común a todos ellos es la condición de portadores de unos intereses, presentes o futuros, merecedores de protección jurídica. Su articulación en familias ha servido de base a la clasificación (v. 1.3.1. precedente), de carácter finalista, de las modalidades de vinculaciones estrictas.

Una propiedad común a toda esta nómina de sujetos es la inestabilidad de su "status" y la indefinición de sus contornos. Es muy frecuente que el vinculante asuma la condición de titular vitalicio de la pertenencia, el cual, además, y sin menoscabo de la presencia de los fiduciarios, responde de su gestión, ante los beneficiarios, como tal fiduciario; y por no alargar los ejemplos, añadiremos solo que en ciertos casos de autocontratación y de ausencia de dueño estatutario, los fiduciarios amplían sus funciones y asumen las de los titulares vitalicios de la pertenencia.

Los dos personajes que encabezan el reparto en esta gran danza de intereses creados que es la vinculación estricta, el titular vitalicio de la pertenencia y los fiduciarios, protagonista y antagonista, respectivamente, requieren un estudio especial de sus respectivos papeles.

1.3.2.1. El titular vitalicio de la pertenencia (tenant for life).

1.3.2.1.1. Concepto y clases.

De acuerdo con la definición contenida en la Ley de Vinculación Estricta de 1925, el titular vitalicio (tenant for life) de la pertenencia vinculada es toda persona o personas -en caso de cotitularidad- mayor(es) de edad, beneficiaria(s) actual(es) de la posesión de un predio vinculada y a las que le(s) está atribuida, asimismo vitaliciamente, la titularidad de la pertenencia legal sobre la finca, bajo el control

de un fideicomiso. Hemos de subrayar la importante dualidad - de facultades que le(s) están atribuidas: la titularidad de - la pertenencia legal y la posesión y aprovechamiento del in - mueble. En esta definición tienen acogida , como supuestos tí - picos más característicos de titular vitalicio de la pertenen - cia , los titulares de derechos reales limitadamente hereda - bles (entailed interests), y los de derechos vitalicios o usu - fructuarios vitalicios (life interest) sobre su propia vida o la de un tercero (life interest pur autre vie) y los titula - res de pertenencias legales gravadas con cargas reales de ín - dole familiar.

Como los supuestos legales de propiedad vinculada son - tan numerosos como heterogéneos, según hemos tenido ocasión - de comprobar anteriormente (v. el precedente apartado 1.3.1) hay personas a las que el propio texto legal atribuye el - "status" jurídico de titular vitalicio de la pertenencia ple - na sin que realmente reúnan todos sus requisitos. Nos halla - mos ante los supuestos atípicos de titulares vitalicios de la pertenencia, que el legislador cuidadosamente enumera, y a - través de cuyos ejemplos de valor mas general trataremos de - captar en qué radica su especialidad.

Ostentan, entre otros, la condición de atípicos titula - res vitalicios de la pertenencia:

1º Los titulares de derechos limitadamente heredables - cuando se ha hecho imposible (after possibility) que el pre - dio pase al grupo de herederos limitados al que únicamente po - día ir destinado.

2º Los titulares de la pertenencia plena en posesión con la carga de dar o hacer algo en beneficio de tercero, cuando las circunstancias hacen imposible el cumplimiento del modo - impuesto.

3º Los titulares de pertenencias vitalicias o usufructuarios vitalicios, sobre su propia vida o la de un tercero, cuyo derecho hubiere sido constitutivamente gravado con carga u obligación modal (habitar, por ejemplo, durante tres meses al año como máximo en la mansión objeto de su derecho) so pena de extinción en caso de incumplimiento (Binions v. Evans, 1972; Ivory v. Palmer, 1975).

En todos estos supuestos, la interinidad, efectiva o potencial, de la que se resiente la posición institucional del titular vitalicio de la pertenencia, en virtud de sucesos acaecidos o previstos, no es motivo para que la Ley le prive de sus facultades dispositivas, ni de las de aprovechamiento, sin perjuicio de que de ambas haya de responder ante quien corresponda, de acuerdo con los términos específicos de la vinculación. En esta eventual responsabilidad general también por razón de sus facultades de aprovechamiento parece residir la especialidad de su estatuto jurídico atípico.

Finalmente, en determinadas ocasiones, aún existiendo propiedad vinculada en su concepto legal, no hay titular vitalicio, ni típico ni atípico. El legislador de 1925, que fué particularmente cuidadoso en habilitar la presencia de una persona investida de las facultades del titular vitalicio en todos los casos de propiedad vinculada, llenó este vacío con la creación de la figura del dueño estatutario (statutory owner), que es la persona mayor de edad a quién, en virtud de la vinculación, se le atribuyen, en casos especiales, las facultades del titular vitalicio; en su defecto, éstas recaen en los propios fiduciarios que acumulan a sus propias funciones las de dueños estatutarios. Citemos algún ejemplo de estos supuestos: cuando el titular vitalicio de la pertenencia queda facultado para percibir, no la totalidad sino parte de las rentas del predio vinculado o cuando no hay titular vita-

licio investida de la facultad de percibir las directamente, - por haberse atribuido a los fiduciarios su adjudicación discrecional entre individuos de un grupo o clase social determinada, han de ser el dueño estatutario o los fiduciarios quienes asuman, parcial o totalmente, el papel institucional del titular vitalicio.

Asimismo, en los supuestos de menores de edad que estén llamados a la titularidad de una pertenencia legal, su incapacidad al efecto se suple con la presencia de un administrador ejecutor de la sucesión intestada (personal representante - or administrator) si no se hubiere otorgado la escritura de transmisión de propiedad en favor del menor, o, si ésto se hubiere verificado, con la de los fiduciarios; unos y otros - asumen la condición y funciones de dueños estatutarios.

Se distinguen los dueños estatutarios de los titulares vitalicios de la pertenencia, tanto típicos como atípicos, en que institucionalmente carecen de facultades de aprovechamiento de la pertenencia.

En suma, tal como ya quedó dicho en el capítulo anterior, lo que el legislador ha pretendido es que, en todos los supuestos de propiedad vinculada en favor de beneficiarios de derechos futuros (5., parte II, de este capítulo) hubiera - siempre, hasta la efectividad de los mismos, un titular vitalicio de la pertenencia o dueño estatutario que estuviera facultado para ejercitar amplias facultades dispositivas sobre el inmueble (normalmente sobre la pertenencia plena, a veces también sobre la menos plena) a fin de evitar la paralización del tráfico jurídico inmobiliario y consiguiente empobrecimiento de los fondos y de la economía general y articulando, paralelamente, como enseguida veremos, los mecanismos adecuados para que tal libertad dispositiva no llevara aparejada la frustración de la finalidad de la vinculación.

1.3.2.1.2. Facultades del titular vitalicio de la pertenencia
(powers of the tenant for life).

Solo serán desmenuzadas sus facultades dispositivas, que son las únicas comunes a todas las especies de titulares vitalicios. De sus eventuales facultades de aprovechamiento daremos cuenta en otro lugar (v. 4, siguiente).

En concordancia con la línea de política legislativa que tuvo su arranque con la promulgación de la primera Ley de Propiedad Vinculada (1882), la de 1925 regula esta materia atribuyendo al titular vitalicio amplias facultades para administrar e incluso disponer de la pertenencia, al igual que si fuera su dueño (estate owner), subordinando dicho núcleo de competencias a la caución de depositar (overreaching proviso) las cantidades obtenidas en su ejercicio, para asegurar los fines perseguidos con la vinculación. Al igual que durante la vigencia de la Ley de 1882, el titular vitalicio, normalmente, no está sujeto a control estricto en el ejercicio de sus poderes. Las principales medidas de seguridad contra el abuso de las mismas son: (a) la obligación de dar preaviso a los fiduciarios para el ejercicio de las más importantes de sus facultades; (b) la necesidad, en casos excepcionales, de obtener autorización judicial o de los fiduciarios para hacer uso de poderes específicos y (c) su posición como fiduciario de los beneficiarios.

a) Facultades ejercitables previo aviso. Este ha de darse por escrito, mediante carta certificada y con una antelación mínima de un mes. Su finalidad, según lo resuelto en la causa "Wheelwright v. Walker" (1883), parece ser la de ofrecer a los fiduciarios la oportunidad de evitar cualquier maniobra fraudulenta del titular vitalicio, mediante un "interdic-

to o requerimiento personal " (injunction) desautorizando los actos anunciados. La omisión o defectos advertidos en el preaviso no perjudican al adquirente de buena fe.

Se sujeta a esta obligación la facultad de vender (power to sell) el inmueble vinculado, total o parcialmente, y la - constitución de cualquier servidumbre, derecho o privilegio - con él relacionado, lo que habrá de llevarse a efecto en las mejores condiciones monetarias que puedan razonablemente obtenerse. El precio ha de consistir, al menos parcialmente, en - una renta, anual o semestral, perpétua o de duración determinada, garantizada con carga real sobre el propio inmueble vendido. El comprador de buena fe adquiere en firme, aunque se - pretenda que las condiciones de la venta no fueron las mejores posibles.

A la facultad de permutar (power to exchange) es aplicable el mismo régimen jurídico que a la de vender, pudiendo el titular vitalicio dar o recibir dinero para igualar valores.

La constitución de arrendamientos reales (power to grant leases) se ajusta a criterios similares, a los ya citados para las dos facultades anteriores. Su duración máxima puede - ser de 999 años para fines constructivos y forestales, 100 - años cuando su objeto es la minería y 50 para cualquier otra finalidad. Ha de constituirse en escritura solemne, con la renta más favorable que razonablemente pueda obtenerse, y sujeta a condición resolutoria en caso de impago de aquella. Como - norma general, el titular vitalicio está facultado para percibir la totalidad de la renta.

A falta de previsión en contrario, establecida en la propia vinculación, el titular vitalicio no puede hipotecar o - constituir otro derecho real de garantía (to mortgage or to -

charge) sobre la pertenencia legal vinculada, salvo supuestos excepcionales entre los que sobresale el de que se haga en beneficio del inmueble o de los instituidos como beneficiarios de la vinculación. Son ejemplo de esta facultad restringida, las hipotecas para obras de mejora o para liberación de otros gravámenes. Si puede hipotecar su propio derecho quedando tal hipoteca sujeta a las limitaciones constitutivas que lo afectan.

La contratación de derechos de opción (to grant options), para venta o arrendamiento real, está también limitada de acuerdo con las previsiones establecidas para tales contratos principales y alguna otra específica, como la de que no puede pactarse por plazo superior a 10 años.

b) Facultades ejercitables con consentimiento de los fiduciarios o autorización judicial. Están sujetas a esta limitación un heterogéneo grupo de facultades.

La disposición de la casa-habitación principal (the principal Mansion-house) -comprendiéndose dentro de este concepto cualquier acto dispositivo (venta, arrendamiento, permuta, etc.) y asimilándose a aquella parques, jardines y tierras adyacentes- está sujeta a la indicada limitación, si la vinculación se constituyó antes de 1926 y nada se previno en contrario, o, si constituida con posterioridad a dicha fecha, se hubiese establecido tal requisito de forma expresa.

Asimismo, están sujetas las facultades de talar bosques maderables y vender el producto (to cut and sell timber), de transigir y comprometer en árbitros (to compromise claims or to effect any proper transaction) y la extinción o modificación voluntaria de derechos establecidos en beneficio del pre

dio vinculado, como servidumbres o pactos restrictivos del uso de otros predios (restrictive covenants).

c) El titular vitalicio o, en su caso, el dueño estatutario, queda constituido, por imperativo legal, fiduciario de la vinculación, con los mismos deberes y responsabilidades que los nombrados como tales. Abundante jurisprudencia ha interpretado con rigor tales deberes, y la doctrina científica ha llegado a afirmar que el respeto a los intereses de los beneficiarios ha de ser, no a los meramente pecuniarios, sino también a sus sentimientos y aspiraciones familiares.

En principio, esta función, y el rigor jurisprudencial con que ha sido entendida, contradicen no poco el criterio de la Ley de conferir al titular vitalicio, virtualmente, el estatuto de dueño absoluto. Queda, en último término, reservado al criterio judicial la apreciación de aquellos casos en que el ejercicio de determinadas facultades por parte del titular vitalicio comporta beneficio exclusivo para él, o para terceras personas, en detrimento de los derechos expectantes de los beneficiarios. Tal es el caso, por ejemplo, de la viuda titular vitalicio que, antes de celebrar segundas nupcias y por ello de perder su titularidad, constituye arrendamiento real en favor de su prometido para continuar en el disfrute de las fincas.

Al igual que todo fiduciario, el titular vitalicio no puede, ni directa ni indirectamente, a través de un autocontrato o por persona interpuesta, adquirir derechos, especialmente por compra, sobre el fundo vinculado. Excepcionalmente, la Ley de 1925 lo permite siempre que el contrato se celebre entre los fiduciarios, que asumen excepcionalmente el papel de titular vitalicio, y éste, que ostenta la condición de adquirente.

1.3.2.1.3. Modificación y extinción de sus facultades.

Con objeto de fortalecer su "status" legal, está legislado que ninguna de las facultades examinadas puede ser adjudicada, en cuanto facultad y no mera potestad, a persona distinta del titular vitalicio.

El constituyente de la vinculación puede conferir al titular vitalicio facultades adicionales de las que legalmente le corresponden. Ahora bien, unas y otras son acumulativas. Quiere ello decir que, ni siquiera por vía de permuta o sustitución, puede el constituyente privar al titular vitalicio de sus facultades legales, ni restringir ni dificultar su ejercicio por procedimiento alguno. Como lógico desarrollo de este principio de intangibilidad de los poderes legales atribuidos al titular vitalicio, la Ley los ha declarado irrenunciables y personalísimos (de ejercicio no delegable), salvo en supuestos especiales, como intervención judicial en caso de quiebra y en los varios supuestos de incapacidad, como ejemplos de mayor relieve.

Cuando el titular vitalicio fallece, se plantea, de inmediato, el tema del destino que haya de darse a la tierra vinculada. El derecho del titular vitalicio puede extinguirse, si es puramente vitalicio, o puede transmitirse a un nuevo titular, como en el caso de una pertenencia plena limitadamente heredable (entailed interest). La pertenencia legal (legal estate) ha de revertir en favor de alguien y el método de reversión es diferente según que el inmueble continúe vinculado o deje de estarlo porque la vinculación, al fallecimiento del titular vitalicio, quede extinguida.

Si el predio continua vinculado, administradores-ejecutores de la herencia de carácter especial (special personal

representatives) se hacen cargo de la pertenencia, en fideicomiso, para contratar con el próximo titular vitalicio en alguna de las formas posibles que prontamente exponaremos: - escritura de transmisión de propiedad o escrito de consentimiento (vesting deed or vesting assent).

Si la vinculación del fundo se extingue, la pertenencia legal y plena recae en los administradores-ejecutores de la herencia ordinarios (general personal representatives) y el beneficiario recibe la pertenencia absoluta (plena o menos plena) en posesión a través de un contrato ordinario de transmisión de propiedad (ordinary conveyance or simple assent).

1.3.2.2. Los fiduciarios de la vinculación (the trustees of the settlement).

Nos referiremos, principalmente, a su papel específico dentro del ámbito de la vinculación estricta, sin perjuicio de aludir, previamente, a algunos aspectos generales de su estatuto jurídico, válidos para toda clase de fiduciarios.

Las funciones del fiduciario son gratuitas, a menos que el constituyente del vínculo disponga lo contrario o que, en su defecto, los beneficiarios acuerden, unánimemente remunerarle. Cuando se trata del Fiduciario Público (Public Trustee) la presunción es a favor del carácter retribuido del cargo. El Fiduciario Público es una institución al servicio de la comunidad social a la que cualquier persona deseosa de constituir un fideicomiso puede dirigirse para que desempeñe las funciones de fiduciario. Los Bancos y Sociedades fiduciarias no suelen aceptar el nombramiento, si el cargo no es retribuido. Todo fiduciario tiene derecho a que se le indemnice de los gastos hechos en el cumplimiento de sus obligaciones.

El negocio jurídico constitutivo de la vinculación suele ocuparse del procedimiento para designar nuevos fiduciarios, - en caso de fallecimiento de los nombrados en primer lugar. En defecto de previsiones sobre el particular, los fiduciarios - sustitutos pueden ser designados por el titular vitalicio o - los beneficiarios de la vinculación, mayores de edad, y facultados para disponer, en su día, de la totalidad de la pertenencia vinculada, o por el o los fiduciarios supervivientes. - En última instancia, su nombramiento es competencia de - los Tribunales.

En los últimos años el número de "trustees" individuales ha disminuido considerablemente. El Fiduciario Público y las Sociedades Fiduciarias, entre las que figuran los principales bancos ingleses, han contribuido a aliviar a las personas particulares de la responsabilidad de actuar como fiduciarios.

La Ley de 1925 recoge cinco clases diferentes de fiduciarios entre los que sobresale, por su mayor interés y frecuencia, el fiduciario común, que es el designado al constituirse la vinculación para el desempeño de las funciones que la propia Ley le asigna. Entre los restantes, pueden mencionarse - los que tienen facultad de venta, en supuestos rigurosamente excepcionales como el contemplado en el último párrafo de la letra c) del precedente apartado 1.3.2.1.2., que damos aquí - por reproducidos.

Las principales funciones de los fiduciarios, que han de ser dos como mínimo, son: recibir y custodiar el capital en - metálico en el que, en virtud de subrogación real, puede transformarse el predio vinculado y sus frutos; ser notificados - por el titular vitalicio de su propósito de efectuar determinadas transacciones; autorizar otras; actuar como especiales

administradores-ejecutores (special personal representatives) al fallecer el titular vitalicio; actuar como dueño estatutario (statutory owner) si no hay titular vitalicio o éste es menor de edad; ejercitar las facultades del titular vitalicio si éste desea adquirir el inmueble para su propio beneficio - (evitando así la colisión de intereses implícita en todo auto contrato) o bien si injustificadamente rehusa ejercitar sus funciones (es decir, cuando hay peligro de que el titular vitalicio se exceda o se quede corto en el desempeño de la tarea que institucionalmente le está asignada); y ejercitar una supervisión general sobre la buena administración (well-being) de la propiedad vinculada.

No ha sido idea del legislador responsabilizar, de forma estricta, a los fiduciarios por los actos del titular vitalicio, aunque los avale con su autorización. Se trata, como es obvio, de un principio general que hace quiebra cuando está ausente la buena fe. Los fiduciarios no son solidariamente responsables entre sí, aunque firmen recibos en común. En resumen, sus responsabilidades están en función del manejo que hagan del dinero que se les entrega en concepto de capital en metálico.

1.3.3. Elementos reales: las pertenencias legales y el capital en metálico (capital money).

Por lo dicho más atrás, en diversos lugares del presente apartado, sabemos que solo la propiedad real es susceptible de vinculación estricta. Las dos modalidades de pertenencia legal, la plena y la menos plena, pueden servir de soporte a una vinculación de este tipo, si bien lo habitual es que sea la primera de ellas la que, dada la nota de perpetuidad que es inherente a su concepto, sea la preferida para estos fines.

El estudio de ambas es impropio de este lugar (v. parte I y - 1., parte III de este capítulo) por lo que vamos a circunscribirnos a ofrecer una idea general del régimen jurídico aplicable al capital en metálico nacido de la acumulación de los frutos que, en su caso, hayan de reservarse a los beneficiarios y, en virtud del principio de subrogación real, por el dinero que reemplace a la pertenencia vinculada de la que legítimamente se hubiere dispuesto.

Son abundantes y variados los supuestos en que los fiduciarios reciben dinero -si bien es posible también que éste - se deposite judicialmente, a opción del titular vitalicio- dinero al que se le llama capital en metálico. Merecen esta consideración cantidades procedentes de compraventas, arrendamientos reales, rentas de explotaciones mineras, precios de opciones, préstamos hipotecarios, indemnizaciones por seguros etc., en la proporción y cuantía que en cada caso corresponda según lo prescrito en la Ley de 1925 y los términos de la vinculación.

Al capital en metálico ha de dársele conveniente aplicación. Si, por ejemplo, se obtuvo un préstamo hipotecario para invertir en mejoras, éstas han de efectuarse. No obstante, si el dinero obtenido no tiene una finalidad propia y específica, se le ha de dar la aplicación prevista en la Ley de 1925, que con una minuciosidad increíble enumera hasta 21 aplicaciones diferentes.

El destino más común de los legalmente previstos es la inversión en "valores fiduciarios" (trustee securities), enumerados en la escritura de fideicomiso o en relación oficialmente aprobada. La renta que produzcan debe ser abonada al titular vitalicio, puesto que tal capital sustituye, por subro-

gación real, al predio del que, de una forma o de otra, se ha dispuesto, salvo si no hay titular vitalicio con facultad de aprovechamiento del predio, sino dueño estatutario, en cuyo caso se capitalizan en favor del beneficiario. Son éstas, normas de valor general, cualquiera que sea la inversión que se lleve a cabo con el capital en metálico. Otros destinos posibles son la inversión en préstamos hipotecarios, la adquisición de inmuebles, etc. Las mejoras previstas y autorizadas en la Ley de 1925² constituyen otra de las inversiones relevantes, cuya ejecución y abono se sujeta a minuciosas normas de control, que varían según que el depósito del capital en metálico se hubiere hecho judicialmente o en poder de los fiduciarios.

1.3.4. Elementos formales: el mecanismo vinculatorio.

A fin de materializar documentalmente la separación entre la pertenencia legal y el derecho equitativo de los beneficiarios de la vinculación, facilitando así la contratación de la primera de ellas, la Ley de Propiedad Vinculada de 1925 introdujo un nuevo sistema de contratación, con el carácter de requisito formal "ad solemnitatem", para las vinculaciones "inter vivos". Para su constitución son necesarios dos documentos:

1^o. Escritura de transmisión de propiedad (vesting deed) cuya función es conferir la titularidad de la pertenencia plena (legal fee simple) a la persona que, por el momento, va a disfrutar del inmueble (titular vitalicio), o a quien haga - sus veces (dueño estatutario o "statutory owner"). La utilidad de este documento reside en que permite, a quien en él resulta investido, acreditar el derecho del que es titular y las condiciones en que puede disponer del mismo.

Se trata de un documento breve que debe contener las siguientes particularidades: descripción del predio vinculado; una cláusula confirmando el derecho al titular vitalicio o al dueño estatutario, haciendo referencia asimismo al fideicomiso que se constituye, otra delimitando las facultades del titular vitalicio, modificándolas, en lo posible, en relación con las previstas en la Ley y otras dos más, designando a los fiduciarios (trustees) la primera de ellas y la segunda dando el nombre de la persona o personas facultadas para nombrar nuevos fiduciarios. Si después de otorgada la escritura de transmisión de propiedad se pretende afectar nuevas fincas a la misma vinculación, lo procedente es otorgar una escritura complementaria (subsidiary vesting deed).

22. Escritura de fideicomiso (trust instrument), cuyo otorgamiento es simultáneo al de la anterior. Su función distinta y su contenido similar al de la otra escritura, son, según lo prevenido en la Ley: a) declarar el predio vinculado sujeto a un fideicomiso; b) designar a los fiduciarios; c) establecer, en su caso, la facultad de nombrar nuevos fiduciarios y d) ampliar alguna o algunas de las facultades que, según la Ley, corresponden a alguno de los sujetos de la vinculación.

Si la vinculación se constituye en testamento, el procedimiento y los documentos vinculatorios difieren sensiblemente. La pertenencia plena se transmite a los administradores ejecutores de la herencia (personal representatives) del vinculante, quienes ostentan los bienes en fideicomiso hasta que los transmiten al designado titular vitalicio de la pertenencia en el testamento. Esta transmisión se formaliza en un documento menos solemne que cuando se constituye "inter vivos", especie de documento privado o "escrito de consentimiento" (vesting assent) no solemnizándose con "sello auténtico".

tificador y firma" (under seal) a diferencia de la escritura de transmisión de propiedad (vesting deed). El "escrito de consentimiento" desempeña la función de la escritura de transmisión de propiedad y el testamento hace las veces de escritura de fideicomiso.

La escritura de transmisión de propiedad o, en su caso, el escrito de consentimiento facultan al titular vitalicio de la pertenencia plena para efectuar su venta; ahora bien, el adquirente queda convenientemente avisado de la existencia de la vinculación y de la obligación de abonar el precio de la transacción a los fiduciarios o depositarlo judicialmente, si quiere que la pertenencia, al pasar a sus manos, quede libre de la carga vinculatoria.

Para evitar fraudes por omisión del instrumento de transmisión de propiedad (vesting deed or vesting assent) la Ley de 1925 adoptó previsiones especiales en su sección 13. Si por defecto del título, demora en su otorgamiento o por otra razón, el titular vitalicio de la pertenencia o dueño estatutario están pendientes de que se les provea de título, hasta que ésto se haga nadie puede disponer de la pertenencia por actos "inter vivos", ya que tal disposición sería nula, excepto en favor de un adquirente que no tuviere conocimiento de la existencia de la vinculación; en este caso, tal convenio tendría la eficacia de un precontrato inmobiliario (v. 1.1. parta IV del presente capítulo), susceptible de inscripción en el Registro de Cargas Inmobiliarias, que daría derecho al otorgamiento del contrato inmobiliario (v. 1.2. loc. cit.) en cuanto se otorgase el instrumento de transmisión de propiedad (vesting deed or vesting assent) que debería haberle precedido.

1.4. EL FIDEICOMISO PARA VENTA (trust for sale): GENERALIDADES Y AMBITO DE APLICACION.

Nace esta figura jurídica, por lo general, cuando determinados inmuebles u otras formas de propiedad, incluso de carácter genuinamente personal (lo que constituye una relevante diferencia con la vinculación estricta) se transfieren - por escritura o testamento, a ciertos fiduciarios, con el - mandato imperativo de que lo vendan y destinen sus productos al cumplimiento de las finalidades previstas en la vinculación. Se constituye también por imperativo legal, en determinados casos, como veremos.

Las finalidades vinculatorias asignables al fideicomiso para venta de origen voluntario, es decir, su ámbito de aplicación, coincide con el delimitado y sistematizado precedentemente (v. 1.3.1. anterior) para la vinculación estricta, - excepción hecha de la titularidad de las pertenencias legales en beneficio de los menores de edad que es una variedad de vinculación que, en virtud del mismo imperativo legal por el que se constituye, se sujeta necesariamente al régimen jurídico de la vinculación estricta.

Según ya se ha dicho (v. 5.4. del capítulo II), de acuerdo con doctrinas acuñadas en el ámbito de la Equidad, - la constitución del fideicomiso para venta entraña la transformación, aunque solo sea conceptual, de tierras en dinero, cualquiera que sea la fecha en que tal evento llegue efectivamente a producirse, por lo que el derecho real de los beneficiarios tiene por objeto el producto de la venta, y no la finca (Irani Finance, Ltd. v. Singh, 1971).

Definirlo con precisión es algo en cuya absoluta necesidad conviene insistir, puesto que esta figura jurídica y la vinculación estricta no pueden existir simultáneamente sobre

un mismo predio.

1.4.1. Definición legal.

Al decir de la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925 existe esta institución cuando, en el contexto de un fideicomiso, -y al servicio de un propósito vinculador, añadimos nosotros- los fiduciarios tienen mandato -de vender, presente y vinculante, eventualmente ejercitable a petición o con el consentimiento de alguna persona, y con o sin facultad discrecional de posponer la venta. También -por nuestra cuenta hemos de completar esta definición, aclarando que el producto de la eventual venta ha de destinarse a atender los fines de la vinculación cuyo funcionamiento -queda confiado a este peculiar mecanismo.

El análisis de este concepto hemos de hacerlo mediante su descomposición en estos tres elementos capitales:

a) Fideicomiso. No existe fideicomiso para venta si no hay un mandato de venta imperativo dirigido a los fiduciarios. Lógicamente, no debe confundirse con un poder o potestad - (power) (v. 2. siguiente) de venta, que entraña discrecionalidad, a diferencia de la obligación de vender, que existe - aún cuando su cumplimiento pueda posponerse indefinidamente. Está legislado, no obstante, que un mandato que, con posterioridad a 1925, ordene a los fiduciarios, en un planteamiento ambiguo, retener o vender (either retain or sell) la finca, ha de interpretarse como un fideicomiso para venta con - facultad de posponer ésta (trust for sale with power to postpone the sale). La distinción entre mandato imperativo y potestad de venta es de enorme importancia práctica. Si hay - mandato dirigido a los fiduciarios, existe fideicomiso para venta y los únicos que pueden llevarla a efecto son tales fi

duciarios. Si lo que se confiere a los fiduciarios es una mera potestad de venta, el predio está sujeto a una vincula--ción estricta, debiendo reputarse aquella facultad como se--cundaria o accesoria y al titular vitalicio como titular na--to de la facultad de vender.

b) Presente (immediate), voz que no significa que el inmueble haya de venderse de inmediato, puesto que la posibili--dad de posponer la operación se considera implícita en todo caso, salvo disposición en contrario, sino que puede vender--se en cualquier momento. Su función consiste en diferenciar un fideicomiso para venta de un "futuro" fideicomiso para -venta, en cuyo caso recaemos nuevamente en una vinculación - estricta.

c) Vinculante (binding). La interpretación de este voca--blo ha suscitado considerables dificultades, puesto que si -nos atuviéramos a su puro significado gramatical estaríamos ante una evidente tautología.

Entre las varias hipótesis que se han elaborado para -precisar su exacto alcance jurídico, parece haber obtenido -consenso mayoritario la que se inclina por entender que el -carácter de "vinculante" (binding trust) atribuible al fidei--comiso para venta, se dá cuando se vincula la pertenencia le--gal, plena o menos plena, sin limitaciones. a través de cuyo juego institucional el objeto de la vinculación pueda quedar reducido a un simple derecho equitativo, por causas anterio--res a la constitución del vínculo. Así, si se vincula una -pertenencia plena sujeta a condición resolutoria, que puede desviar la titularidad de aquella hacia un tercero, no hay -fideicomiso para venta, aunque nominalmente se pretenda lo -contrario; pero si el objeto de la vinculación es una perte--nencia plena gravada con un pacto restrictivo del uso (res -

trictive covenants) (v. 4.2.2. parte III, capítulo III) si - hay fideicomisos para venta a pesar de la existencia de la - carga.

Los fideicomisos para venta imperfectamente constituidos, que derivan en vinculación estricta, dan lugar a la aparición del o de los correspondientes titulares vitalicios, figura jurídica en que se transforman los beneficiarios actuales, designados por el constituyente, es decir, los que lo sean en el momento de la transformación (v. más adelante 1.4.2.2 apartado relativo a beneficiarios).

1.4.2. Elementos personales.

Las consideraciones introductorias al estudio de los elementos personales de la vinculación estricta (v. 1.3.2. anterior) son aplicables, "mutatis mutandis", al de los sujetos jurídicos intervinientes en un fideicomiso para venta.

Se aprecia, no obstante, una notable simplificación del cuadro de actores. El papel de protagonista lo asumen los fiduciarios, quienes reduciendo al titular vitalicio de la pertenencia a la mera condición de beneficiario y eliminando al dueño estatutario, se alzan en exclusiva con las facultades de disposición de la pertenencia vinculada. La simplificación es de gran magnitud, sumamente práctica desde el punto de vista general del funcionamiento de la institución y muy de agradecer según la óptica del sufrido espectador.

Centraremos nuestra atención en los aspectos más destacables del régimen jurídico de los fiduciarios y beneficiarios nombrados al amparo de un fideicomiso para venta.

1.4.2.1. Estatuto de los fiduciarios (position of trustees - for sale).

Sin perjuicio de las especialidades concernientes a los fideicomisos para venta de origen legal, cuyo estudio no es de este lugar, el "status" jurídico de los fiduciarios, que no pueden exceder del número de cuatro, pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

a) Facultad de posposición (power of postponement). Salvo disposición expresa en contrario (Re Rooke, 1953), los fiduciarios pueden posponer indefinidamente el ejercicio de su facultad discrecional de venta, para lo cual ha de haber una nimidad de criterios. Si ésta falta, la posposición indefinida no es posible. Se trata, pues, de una facultad de ejercicio mancomunado. De hecho, muchos fideicomisos para venta se crean para que ésta se realice mucho tiempo después, a veces con instrucciones expresas para ello, cuya eventual inobservancia no perjudica al adquirente, según expresamente está legislado. La solución a las situaciones de discrepancia entre los fiduciarios, en cuanto a la posposición o no de la venta de la pertenencia, quedan reservadas al arbitrio judicial (Re Mayo, 1943, Jones v. Challenger, 1961, Rawlings v. Rawlings, 1964). Recientemente se ha admitido la validez de decidir con arreglo al criterio de la mayoría de los fiduciarios (Re Butlin's Settlement Trust, 1974).

b) Facultades de los fiduciarios pendiente la venta - (powers of trustees pending sale). Considerando el largo paréntesis que puede mediar entre la constitución del fideicomiso y la venta para la que fué constituido, la Ley de 1925 ha ampliado notablemente las facultades de los fiduciarios durante dicho interregno. Consiguientemente, están legalmente habilitados para ejercer las facultades tanto del titular vitalicio como de los fiduciarios de una vinculación estricta, incluso aquellas para las que aquél necesita autorización de éstos. alguna de estas facultades, especialmente las de -

administración, pueden delegarlas los fiduciarios por escrito y con carácter revocable.

c) Limitación de facultades (curtailment of powers). - Constitucionalmente, es decir, en el título de creación, es posible que la principal facultad de los fiduciarios, la de vender, quede subordinada al consentimiento de dos o más personas (especie de fiduciarios de 2º grado o "superfiduciarios") lo cual unido a la prohibición de posponer, constituyen las únicas limitaciones propiamente dichas que pueden imponerse a los fiduciarios en el desempeño de sus funciones.

Con independencia de esto, hemos de considerar hasta que punto los fiduciarios han de observar los deseos de los beneficiarios. Esto depende, en principio, del título constitutivo, que puede otorgarles plena libertad o compelerles a efectuar tal consulta. Ahora bien, en los fideicomisos para venta estatutarios o legales, la consulta es obligatoria.

Finalmente, si los fiduciarios rehusan el cumplimiento de sus funciones, que al mismo tiempo son deberes, o algún requisito de consentimiento no puede ser obtenido, "cualquier persona interesada en algún derecho afectado por el fideicomiso" (según fórmula proclamada en el caso "Stevens v. Hutchinson", en 1953) puede acudir a los Tribunales para que provean el remedio apropiado (Bull v. Bull, 1955; Burke v. Burke, 1974; Re Turner, 1975; Re Mc Carthy, 1975).

1.4.2.2. Derechos de los beneficiarios (rights of the beneficiaries).

Debemos distinguir entre derechos principales y accesorios.

Entre los primeros se cuentan la percepción de las ren -

tas y frutos producto del predio o del capital metálico en - que aquél se transforma al efectuarse la venta y la percep - ción final de la totalidad o parte de dicho capital, todo - ello de conformidad con los títulos de constitución del fi - deicomiso o los preceptos legales que regulan esta institu - ción en sus varias modalidades.

Derechos accesorios son el de acudir a los Tribunales - en los términos antes dichos, el de ser consultados por los fiduciarios en lo referente a sus deseos, en determinados ca - sos, y el de que éstos deleguen en ellos las facultades de - administración que, por derecho propio, les corresponden, si bien esto no es propiamente un derecho sino una posibilidad legal con la que, en lugar de terceras personas, pueden re - sultar favorecidos los beneficiarios.

1.4.3. Elementos formales.

La vinculación de los predios, por voluntad de sus due - ños, a través del fideicomiso para venta se ha hecho, tradi - cionalmente, al igual que en la vinculación estricta, a tra - vés de dos escrituras: la de transmisión de propiedad (ves - ting deed) y la de fideicomiso (trust instrument). Esta prác - tica se mantiene en las constituciones "inter vivos", a pe - sar de que en la legislación de 1925 no se contiene ninguna exigencia específica al respecto. En el caso de los fideico - misos para venta testamentarios, antes de 1925, el testamen - to era suficiente título constitutivo, pero después de dicha fecha se requiere también escrito de consentimiento (vesting assent).

No obstante, la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 ha dado a estos requisitos formales menor relieve que el confe - rido a los mismos cuando de vinculación estricta se trata, -

privándoles del rigor de requisito formal "ad solemnitatem". Así, está establecido que aún cuando el fideicomiso para venta se constituya en documento único, el comprador de la pertenencia legal de manos de los fiduciarios la adquiere en firme y libre de la carga fideicomisaria.

1.4.4. Fideicomisos para venta de origen legal (statutory trusts for sale).

En ciertos casos, el fideicomiso para venta nace de un imperativo legal (statutory trusts for sale). Por ejemplo: - a) en los casos de cotitularidad o comunidad de bienes inmuebles (joint tenancy or tenancy in common) la constitución de un fideicomiso para venta viene impuesta por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925; b) cuando una persona muere intestada, la Ley de Administración de Pertenencias de 1925 crea un fideicomiso para venta sobre sus bienes; c) si cualesquiera fiduciarios invierten dinero en un préstamo hipotecario y logran la titularidad de la pertenencia plena gravada, ejercitando una acción comisoria (v. 7.4.3. capítulo IV) de la que resulta que el deudor hipotecario pierde el derecho a cancelar la hipoteca (right of repayment), adquieren la finca correspondiente en fideicomiso para venta; d) adquisición por menores, de pertenencias legales, en mano común, cuyos otros cotitulares sean mayores de edad.

Se rigen por las normas específicamente dictadas para cada caso y, supletoriamente, por el régimen general del fideicomiso para venta.

2. PODERES EQUITATIVOS (equitable powers).

- o - o - o -

± La voluntad del constituyente de la vinculación puede quedar exhaustivamente expuesta en sus instrumentos - creadores o ser objeto de una formulación parcial o, incluso, meramente embrionaria, aplazando para más adelante el desarrollo pleno de las potencialidades que en ella se prefiguran en germen o de forma esquemática.

Este último propósito, para su efectividad, ha de configurarse en forma de poder o potestad equitativa que es la institución jurídica que le sirve de adecuado vehículo. El poder o potestad puede ser la expresión de una genérica voluntad vinculadora, plenamente indeterminada, cuyo total desarrollo se encomienda al apoderado - que si lo es en virtud de testamento ofrece la imagen de una reencarnación del poderdante, cuya capacidad jurídica de decidir se sobrevive a sí misma - o un elemento jurídico que sin ser esencial ni natural de las vinculaciones estrictas o fideicomisos para venta, puede, accidentalmente, incorporarse a ellas para, principalmente, diferir la decisión de quienes hayan de ser sus beneficiarios futuros. En este último caso, el complejo funcionamiento de estas instituciones sale reforzado con la presencia de la atenta y vigilante mirada del "albacea" de la voluntad del vinculante, que puede ser el mismo, si, en los supuestos de vinculaciones "inter vivos", se reserva la facultad de designar beneficiarios.

Es preciso distinguir netamente entre poder y fideicomiso. Este existe cuando a una persona llamada fiduciario se le impone la obligación de gestionar, según deter

minadas directrices, una propiedad; de esta obligatoriedad se deriva la actuación subsidiaria de los Tribunales, cuando es precisa. Por contra, hay potestad cuando a una persona, denominada apoderado, se le autoriza a disponer de la titularidad de ciertos bienes; si deja de hacerlo, está en su derecho y nadie puede acudir a los Tribunales en demanda de auxilio.

Aunque en una potestad pueden contenerse exclusivamente facultades de administración de la pertenencia, las genuinas potestades son las de determinar o designar, - orientadas a la selección de futuros beneficiarios de la vinculación. Si la facultad de elección no tiene límites personales -lo que hace al apoderado virtual dueño de la pertenencia puesto que puede nombrarse a sí mismo beneficiario- estamos ante un caso de potestad general. Ahora bien, si ha de elegir entre una clase o grupo restringido de individuos, su potestad de determinar llámase especial. Y mixta, cuando es general a unos efectos y especial a otros. Por ejemplo, el poder para ser ejercitado sin otro límite que el consentimiento de un tercero o - apoderado de segundo grado.

En la enredosa teoría construida en torno al ejercicio de las potestades y a su extinción cobran singular - relieve estos tres supuestos genéricos: exceso y fraude, omisión, renuncia y ejercicio negativo y extinción implícita.

El exceso y el fraude, sin perjuicio de sus coincidencias básicas (inobservancia de la voluntad del poderdante) no son enteramente equiparables, ni por su naturaleza ni en cuanto a sus efectos. El exceso en el ejercicio del poder implica un ataque frontal a la voluntad -

del constituyente del vínculo, que se sanciona con la nul-
lidad total del acto dispositivo infractor, que puede -
quedar en nulidad parcial cuando es posible distinguir y
separar la parte en que no hubo exceso de aquella en que
se produjo. El fraude existe cuando, al ejercitar el po-
der, se persiguen unos resultados aparentemente acordes
con la voluntad del poderdante pero que, en realidad, la
contravienen. Su existencia es determinante de la nuli-
dad plena, y en todo caso, del acto fraudulento.

La omisión y la renuncia tienen por común denomina-
dor una actitud pasiva del apoderado, que, en cuanto a -
la primera, es tácita y resultante -solo se consolida -
cuando concluye el periodo de ejercicio de la facultad-
y expresa y actuante -efectiva desde el momento mismo -
en que la voluntad de no ejercicio se manifiesta- cuando
adopta la forma de renuncia. El ejercicio negativo -uni-
lateral o pactado- tiene su fundamento en una voluntad -
pasiva del apoderado, que se expresa activamente, compro-
metiéndose a no ejercitar el poder total o parcialmente.
La renuncia abre paso a la eventual intervención de los
apoderados suplentes o subsidiarios, lo que no ocurre -
con el ejercicio negativo que, no obstante su apellido,
es un verdadero ejercicio de la potestad.

La extinción implícita está motivada por el imposi-
ble cumplimiento de todos los fines para los que se creó
el poder.

Un buen número de nuestras instituciones jurídicas s
sucesorias, oriundas casi todas ellas de los territorios
aforados, están pensadas para cumplir finalidades seme-
jantes a las que, en Derecho inglés, están asignadas a -

los poderes o potestades. En su mayoría, sin embargo, el marco institucional en que se desenvuelven difiere sensiblemente del establecido para sus homólogas inglesas. En Derecho inglés, se trata de facultades que han de quedar necesariamente articuladas en una vinculación estricta o en un fideicomiso para venta, mientras que en Derecho español son especialidades de la institución de heredero - que no se ajustan a ningún patrón vinculatorio, ni si -- quiera a las formas de vinculación impropia, examinadas en el comentario al apartado anterior; sin menoscabo, todo hay que decirlo, de algún supuesto excepcional (el fideicomiso de residuo) en el que la facultad de designar beneficiario, aunque sea de forma indirecta, está enmarcada, como veremos, dentro de una vinculación. La diversidad de marco institucional en que se desenvuelven unas y otras figuras es determinante de una importante diferencia entre ellas. Así, en Derecho inglés, el poder o potestad puede reservárselo el propio constituyente, - mientras que en nuestro Derecho esto es imposible, puesto que las instituciones paralelas a la inglesa indicada solo producen efecto por causa de muerte del constituyente.

De conformidad con los preceptos de nuestro Código civil (arts. 670 y 785, 4º) la institución de heredero - ha de hacerse por el mismo testador, que no puede delegar en persona alguna, sin más excepción que la establecida en el artículo 671, en cuya virtud puede encomendar a un tercero la "distribución" de cantidades que deje, - en general, a clases determinadas (potestad especial, diríamos en Derecho inglés) como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la "elección" de las personas o establecimientos a quie-

nes aquellas deban aplicarse. En el ámbito de la sucesión contractual, dentro de la limitada medida en que está admitida en el Código civil, hay otro importante ejemplo de delegación fiduciaria de facultades sucesorias, que luego veremos replicada y ampliada en las legislaciones forales. Al amparo de lo dispuesto en el art. 831 del Código civil, puede pactarse en capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o la viuda que no haya constraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.

Las excepciones al indicado principio de designación exclusiva de herederos por el testador o causante son, en el ámbito de nuestros Derechos forales, más numerosas e importantes. Los artículos 118 a 121 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña consagran la institución de los herederos de confianza. Estos, son definidos como aquellas personas individuales designadas por el testador para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente, de palabra o por escrito. Salvo que otra cosa disponga el testador, actuarán por mayoría, pero, de quedar uno solo, éste podrá actuar por sí. El testador podrá prohibir la revelación de la confianza, quedando en otro caso al arbitrio de los herederos mantenerla reservada o revelarla en escritura pública o protocolizando las instrucciones escritas de propia mano del testador. La confianza revelada se considerará que forma parte del testamento y no podrá revocarse ni alterarse, pero sí ser objeto de aclaración. Los herederos o legatarios de confianza, mientras no la revelen o cumplan, tendrán facultades dispositivas por actos "inter vi

vos", salvo las limitaciones que a ellos imponga el testamento, sin que por ello puedan confundir los bienes heredados o legados con los integrantes de su patrimonio personal. Es decir, que los cambios patrimoniales que afecten al caudal hereditario a ellos confiado están protegidos por el principio de subrogación real. Revelada la confianza, y salvo que otra cosa disponga el testador, los herederos y legatarios de confianza se tornan respectivamente, albaceas universales o particulares. La figura del legatario de confianza acorta sus distancias respecto al apoderado inglés, pues, aunque nace fuera del marco de las vinculaciones, se refiere a bienes concretos, lo mismo que las potestades inglesas, que se injertan en vinculaciones de bienes específicos.

En la misma línea institucional, y también dentro del Derecho foral catalán, se ha de citar la facultad de encomendar el testador a su cónyuge la designación de heredero entre sus hijos (arts. 114 y 115). Mientras no se defiera la herencia, quedará esta bajo la curatela de la persona o personas al efecto designadas por el testador y, en su defecto, bajo la del sobreviviente. El curador, salvo que otra cosa se hubiere dispuesto en el testamento, tiene facultades de administración y disposición; en este último supuesto, lo obtenido ha de reinvertirse, por aplicación del principio de subrogación real, en otros bienes, a menos que el acto dispositivo se hubiere llevado a cabo para atender necesidades familiares.

En Aragón, la ordenación de la sucesión, testamentaria o contractual, puede verificarse por vía de la fiducia sucesoria, regulada por los artículos 110 al 118 de la Compilación. Tal fiducia puede encomendarse por cada

cónyuge al otro, perdiendo su condición el fiduciario en caso de contraer segundas nupcias. La designación de fiduciario deberá verificarse en testamento o escritura pública, debiendo ejecutarse el encargo en testamento o por acto "inter vivos", siendo en este caso irrevocable. El fiduciario podrá hacer uso total o parcial, y aún en tiempos distintos, de sus facultades, a menos que el causante hubiere dispuesto otra cosa; se establece, así, un interesante paralelismo con el ejercicio negativo de las potestades inglesas, que también puede ser total o parcial.

La Compilación del Derecho civil foral de Navarra, de riquísimo contenido -y de la que no debemos ni queremos prescindir en esta labor de espigar algunos ejemplos de nuestro Derecho foral que guarden simetría con las instituciones jurídicas inglesas que ahora nos ocupan-regula, con bastante amplitud, tanto la figura de los herederos de confianza (leyes 289 a 295) como la de los fiduciarios-comisarios (leyes 281 a 288). Estructuralmente guardan notable semejanza con las instituciones homólogas catalanas y aragonesas. Importa destacar, no obstante, que el cargo de heredero de confianza es atribuible tanto a las personas físicas como a las jurídicas y que si el testador no dispone otra cosa, se entenderá que aquél está facultado para asignarse, con cargo a la herencia o a sus frutos, la retribución que estime adecuada a su trabajo. Esta importante atribución tiene un perfil cuasidominical, congruente con la condición de auténtico heredero que corresponde a los que se apellidan de confianza. En lo que atañe a los fiduciarios-comisarios navarros parece oportuno resaltar que, no obstante tratarse de una función personalísima, la simple ejecución

o formalización del acto de designación de heredero, donatario universal o legatario, puede delegarse en otra persona, siempre que en el correspondiente instrumento de poder conste esencialmente el contenido de la voluntad. La imposibilidad de la ejecución del encargo es objeto de regulación expresa, pudiendo desembocar, finalmente, en apertura de la sucesión legal.

La precedente cita nos dá ocasión propicia para observar otro importante punto de contacto entre la institución inglesa de los poderes y las españolas de los herederos de confianza y fiduciarios-comisarios y afines. Todas ellas son meras autorizaciones para disponer -y, consiguientemente, gestionar- y no mandatos de gestión. En consecuencia, es perfectamente posible y válido, tanto en nuestras latitudes como en las inglesas, que el apoderado, heredero de confianza o fiduciario-comisario rehusen el encargo que se les confía, respecto al cual, con alguna excepción, como la fiducia sucesoria de la casa aragonesa, no cabe la actuación subsidiaria de los Tribunales. La solución final es, inevitablemente, la apertura de la sucesión legal.

Otra observación interesante, a nuestro juicio, es la que surge del adecuado contraste entre las figuras del heredero de confianza, auténtico heredero, que puede actuar con arreglo a instrucciones verbales del testador y que, normalmente, queda al margen de toda obligación de revelar la confianza recibida y de dar cuenta de su gestión, hasta el punto de que las contiendas que en torno a él se susciten puedan si así se previó en el título constitutivo provocar su conversión automática en heredero puro y simple, y el fiduciario-comisario, que es un simple

delegado del causante, cuyas facultades han de nacer de -
 escritura pública en la que han de quedar claramente limi-
 tadas sus atribuciones, siendo sumamente improbable que -
 entre ellas figure la de designarse heredero a sí mismo, -
 aunque, a veces, goce de facultades dispositivas "inter -
 vivos" sobre los bienes confiados a su cargo. Insistiendo
 en el juego de los paralelismos, cabría afirmar que el -
 apoderado general inglés es, en cierto modo, equiparable
 al heredero fiduciario y que el fiduciario-comisario no -
 pasa de ser un apoderado especial o híbrido.

Finalmente, nos ocuparemos de los fideicomisos de re-
 siduo, respecto a los cuales la doctrina científica discu-
 te si hay verdadera sustitución fideicomisaria, y que tie-
 nen lugar cuando el testador impone al primer instituido
 o fiduciario la obligación de restituir o transmitir a un
 segundo heredero o fideicomisario aquellos bienes de los
 que no haya dispuesto a su muerte por acto "inter vivos"
 o, incluso, "mortis causa". Existen tanto dentro del mar-
 co del Código civil como en el ámbito de las Compilacio-
 nes forales (Cataluña, Baleares, Navarra). El fideicomiso
 de residuo es, si lo comparamos con la sustitución fidei-
 comisaria propiamente dicha, portador de un propósito vin-
 culatorio muy atenuado, puesto que su efectividad en fa-
 vor de los beneficiarios posteriores o fideicomisarios -
 queda, normalmente, al arbitrio del fiduciario o primer -
 beneficiario. Situaciones semejantes pueden conseguirse -
 injertando en una vinculación inglesa un poder o apodera-
 miento general; es decir, el fiduciario de residuo posee
 facultades equivalentes a las de un apoderado general in-
 glés, con las que puede convertirse de heredero fiducia-
 rio en heredero pleno. *

2.1. Concepto, terminología y relación con fideicomisos y vinculaciones.

La voz inglesa "power" se utiliza, generalmente, como voz sinónima de facultad conferida a una persona para disponer de o determinar la titularidad de bienes que no le pertenecen. Es decir, los poderes hacen que las facultades dispositivas, en el sentido antes indicado, queden desvinculadas de la titularidad de la pertenencia o del derecho real de que se trate. Pueden tener por objeto tanto propiedad personal como propiedad real y cabe conferirlos de forma total o parcial (según su objeto) y plena o limitada (en función del contenido de la facultad dispositiva que se delega).

A quién concede y a quién se inviste de tal autoridad, se les denomina, respectivamente, poderdante (donor) y apoderado (donee) y ello con independencia de si la investidura del poder es en beneficio de este último o de terceros, y tanto si el investido disfrutaba ya o no del bien en el momento de ejercitar su facultad sobre el mismo. La persona en cuyo favor se ejercita el poder se denomina el designado (appointee). La nomenclatura personal de los dos primeros sujetos de la relación jurídica a que nos estamos refiriendo no guarda rigurosa equivalencia, como fácilmente puede advertirse, con la que a tales términos se atribuye en Derecho español, a pesar de lo cual optamos por aceptar esta traducción libre por la claridad y sencillez de su uso. En cuanto a la institución jurídica en sí misma, utilizaremos indistintamente las voces castellanas "poder" y "potestad".

Es de extrema importancia distinguir entre poder (power) y fideicomiso (trust). Un fideicomiso existe cuando a una persona llamada fiduciario "se le impone la obligación" de gestionar, según determinadas directrices, una propiedad; esta -

mos ante una potestad cuando a una persona denominada apoderado (donee or appointor) "se le autoriza" a disponer de la titularidad de ciertos bienes. Se contraponen, pues, las ideas de obligatoriedad y discrecionalidad, derivándose de la primera la actuación subsidiaria de los Tribunales, y siendo lógica consecuencia de la segunda la imposibilidad de tal actuación, puesto que los aún no designados beneficiarios no son titulares de derecho alguno, ni siquiera el de que su eventual expectativa sea jurídicamente protegida; no hay infracción del poder equitativo aunque no se ejercite ya que éste depende sólo del apoderado. Hasta 1970, un fideicomiso para la distribución de bienes entre una clase o grupo determinados de personas era nulo, a menos que todos fueran determinables, mientras que una potestad para ser ejercitada en un ámbito personal similar era válida siempre que de determinada persona pudiera afirmarse con certeza su pertenencia al grupo. Sin embargo, un elemento de confusión ha sido introducido con la doctrina jurisprudencial contenida en la causa *Mc Phail v. Doulton* (1971), en la que se sostiene que la norma aplicable a los fideicomisos en este punto rige también para las "potestades fideicomisarias".

Estas, también llamadas "potestades en forma de fideicomiso" (a power in the nature of a trust) son una de tantas figuras híbridas que proliferan en la realidad de todos los sistemas jurídicos -y, en particular, de los singularmente pragmáticos, como el inglés- complaciéndose en atentar contra la pureza de los principios y de las clasificaciones. Se trata, - en suma, de una potestad a la que se le ha añadido un elemento de obligatoriedad, por lo que resulta predominante la idea de fideicomiso. En la intención del constituyente, no siempre fácil de desentrañar, han de inspirarse los Tribunales, si preciso fuere, para esclarecer su naturaleza y efectos. De to

dos modos, y no obstante jurisprudencia recientemente sentada, las diferencias señaladas entre ambas instituciones (poder y fideicomiso), conservan su valor.

Sentadas estas importantes distinciones, únicamente nos resta añadir que las potestades se articulan en forma de estipulaciones adicionales o complementarias de las escrituras o testamentos creadores de vinculaciones estrictas y fideicomisos para venta. Sin desnaturalizarles, vienen a incrementar - su ya complejo funcionamiento, mediante intervención de nuevos sujetos que, sin detrimento de las facultades dispositivas de la pertenencia, que están atribuidas al titular vitalicio de la misma o a los fiduciarios, pueden, con arreglo a - sus personales criterios, en los que depositó su confianza el constituyente del vínculo, configurar el futuro de la vinculación, que su creador dejó parcialmente en la indeterminación, al no precisar todos los eslabones de la cadena de beneficiarios.

También cabe -apenas si resulta hiperbólico afirmar que en Derecho inglés, al igual que en Granada, todo es posible- que la determinación íntegra del contenido del vínculo se - delegue plenamente en el apoderado. En tal caso, el desglose de facultades en que la vinculación consiste es solo potencial, sufriendo un aplazamiento hasta tanto el apoderado haga uso de sus facultades. Mientras esta interinidad subsiste, el apoderado conserva en sus manos todas las facultades que sobre la pertenencia ostentaba el constituyente del vínculo, - que, no obstante, habrá de ejercitar respetando sus deseos.

2.2. Clases.

Las tres clasificaciones en que pueden agruparse los poderes existentes giran en torno a estos criterios clave: fina

lidad de su creación, "status" jurídico del apoderado en cuanto al fondo y naturaleza de los derechos creados con su ejercicio.

2.2.1. Clasificación según su finalidad.

La finalidad perseguida con la concesión de un poder equitativo puede ser la de autorizar al apoderado a administrar ampliamente ciertas propiedades, dentro de límites específicos, o la de disponer de su titularidad mediante la creación de determinados derechos. Un ejemplo de poderes administrativos amplios lo constituye los que la Ley de Propiedad Vinculada de 1925 atribuye al titular vitalicio de la pertenencia: transigir y comprometer en árbitros, constituir arrendamientos reales, talar bosques maderables, etc. Las potestades administrativas, constituyen una modalidad no genuina de poderes, puesto que son, en suma, la totalidad de las facultades del titular vitalicio de la pertenencia o de los fiduciarios, o no pasan de ser un engorroso desdoblamiento parcial de sus facultades institucionales. No obstante, en los casos de potestades generales, y hasta tanto el apoderado haga uso de sus facultades dispositivas, se acumulan a aquellas, implícitamente, las facultades administrativas.

El poder de disponer de la titularidad, creando determinados derechos a partir de ella, puede ejercitarse en beneficio del propio apoderado o de un tercero. Ya hemos dicho que su marco jurídico propio es la vinculación, en alguna de sus dos modalidades. El constituyente de la misma, en lugar de indicar la finalidad, precisar los beneficiarios y determinar los derechos que en gérmen se contienen en ella, puede postergar la concreción de todas estas circunstancias o de alguna de ellas, especialmente la designación de los beneficiarios,

a la producción de determinados eventos, reservándose o concediendo a un tercero la "potestad o poder de determinar o de designar" (power of appointment) en un momento futuro todos o aquellos elementos de la relación jurídica esquemáticamente creada. Un poder de esta naturaleza es, como sabemos, creación de la Equidad, tendente, en todo momento, merced al impulso de su dinámica interna, a colmar las lagunas existentes en el ámbito del Derecho común.

El poder de determinar o disponer se subclasifica, en relación con las personas que pueden ser designadas, en general, especial o mixto (hybrid). Si el apoderado recibe autorización para designar o conceder el derecho a cualquier persona, incluido el mismo, sin necesidad de ningún consentimiento complementario, dicese que está investido de una potestad general. Ahora bien, si ha de elegir entre una clase o grupo restringido de individuos, su potestad de determinar llámase especial. Consiguientemente, la diferencia esencial que media entre la potestad general y la especial es la de que, en la primera de ellas, el apoderado es virtualmente el dueño de la pertenencia afectada, por cuanto puede asignársela a sí mismo plenamente, en cualquier momento, durante su vida. Esta asimilación no entraña, como es lógico, confusión entre ambos conceptos, pero a ciertos efectos prácticos la equiparación es completa; así, p. ej. si el apoderado dispone de determinada propiedad por testamento, en términos de institución hereditaria general, la misma está sujeta al Impuesto de Sucesiones (estate duty on his death) y afecta al pago de las deudas pendientes y no satisfechas en el momento del fallecimiento.

Las potestades mixtas son, innecesario es decirlo, una dase intermedia que vienen siendo consideradas por los Tribunales como generales a ciertos efectos y como especiales a

otros. Ejemplos de tales poderes son: el concedido al apoderado para designar a cualquiera, excepto a sí mismo, o a cualquier persona viva al tiempo de su fallecimiento, o para ser ejercitada con el consentimiento de un tercero o sólomente - por testamento (general testamentary power).

2.2.2. Clasificación según la situación del apoderado en cuanto al fundo.

Según este criterio clasificatorio, las potestades pueden ser: restrictivas, no restrictivas y desligadas.

Una potestad restrictiva (a power appendant or appurtenant) es la reservada a una persona que ya es o era titular inicial de un derecho sobre el fundo al que concierne, y cuyo ejercicio puede afectar a tal derecho. Así, por ejemplo, cuando se dona la pertenencia plena, reservándose el donante la facultad de revocar su liberalidad durante su vida (pertenencia sujeta a término) (Re Mills, 1930).

Nos encontramos ante un poder no restrictivo (a power in gross) cuando, partiendo de un supuesto inicialmente análogo al anterior, el titular del poder, aún cuando lo ejercite, no ve afectado su derecho. Tal es el caso del titular vitalicio de la pertenencia, autorizado a designar a su viuda beneficiaria vitalicia (to appoint a jointure to his widow).

Finalmente, la potestad está desligada (a power simple collateral) en el supuesto de que su titular no tenga ningún otro derecho en la propiedad afectada.

Esta clasificación tiene importancia de cara a la extinción activa de las potestades (v. 2.3.4., más adelante).

2.2.3. Clasificación según la naturaleza de los derechos creados con su ejercicio.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 distingue entre potestades legales y equitativas. Las únicas subsistentes de la primera especie son: a) potestad de vender y constituir - arrendamientos reales conferidas al acreedor hipotecario; b) las potestades de las que está investido un dueño estatutario (statutory owner) en relación con determinada pertenencia, que son los del titular vitalicio de la pertenencia regulado en - la Ley de Propiedad Vinculada de 1925 y c) ciertas potestades que constituyen un grupo de composición heterogénea; a modo - de ejemplo, cabe citar los del depositario-tutor (receiver) - para disponer de la pertenencia legal conferida a un demente, si está autorizado para ello por un juez del Tribunal de Protección (Court of Protection).

Las genuinas potestades son, sin embargo, las equitativas, de cuyo estudio se ocupa el presente apartado.

2.3. Ejercicio de los poderes (execution of powers).

De conformidad con la Ley de Testamentos de 1837, un poder sólo puede considerarse ejercitado si se observan todas - las formalidades previstas y si aparece suficientemente expresada la voluntad de ejercitarlo. La singularidad de este derecho es tan considerable que se hace preciso estudiar ciertos supuestos especiales de ejercicio del mismo: exceso, omisión, ejercicio negativo y renuncia, principalmente.

2.3.1. Observancia de formalidades.

El instrumento creador de una potestad puede exigir que, en su ejercicio, se observen especiales formalidades. La re -

gla general en esta materia es la de que cualquiera de las - prescritas, por muy trivial e innecesaria que parezca, ha de ser estrictamente observada. Así lo tiene declarado rotundamente la jurisprudencia en la causa "Hawkins v. Kemp" en - 1803.

Hay, no obstante, excepciones al rigor de este principio:

a) Potestades ejercitables en testamento. En este supuesto, pueden surgir, a menudo, dificultades por que el poderdante exija, como ejemplo frecuente, la concurrencia de un número determinado de testigos en el otorgamiento del testamento. La Ley de Testamentos (The Wills Act) de 1837 prescribe que si el testamento se solemniza con las formalidades de carácter general previstas para el mismo, el ejercicio del poder realizado en él es válido, aunque el instrumento creador de dicho poder exija otras formalidades complementarias, como por ejemplo, el indicado mayor número de testigos.

b) Potestades ejercitables en escritura. Otro tanto está preceptuado en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, respecto a las potestades ejercitables en escritura.

Hay, pues, una equiparación, a estos efectos, entre testamentos y escrituras que es, subrayémoslo, puramente formal: ejercicio de la potestad y testificación en torno al mismo, como requisito ritual complementario mas común.

c) Potestad arrendaticia. Está previsto en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 que si, en el ejercicio de una potestad de contratar arrendamientos reales, se produce desviación en cuanto a los términos en los que aquella está -

constituida, pero hay buena fe y el arrendatario ha entrado - en posesión, el arrendamiento real es válido en términos de - Equidad, pudiendo el arrendatario exigir de quién corresponda la confirmación de su derecho.

Además de estas excepciones, de carácter específico, hay otra, de ámbito más genérico, en cuya virtud la Equidad interviene y convierte en válidas "designaciones" (appointments) - que de otro modo serían nulas. Pero para ello es preciso que el defecto sea meramente formal y no substantivo (no quedaría subsanado por Equidad el ejercicio de un poder en vida del - apoderado si se puso la condición de que sólo se podría ejercitarla con motivo de su fallecimiento) y que sean "designadas" personas para el cumplimiento de fines benéficos, o acreedores o compradores del apoderado o esposa e hijos legítimos de este. En todo caso se requiere que la voluntad del apoderado se manifieste claramente.

2.3.2. Exceso y omisión en el ejercicio del poder.

Si en el ejercicio de un poder especial el apoderado traspasa los límites que le han sido impuestos, comete exceso, - que puede adoptar alguna de estas formas: a) determinación en favor de personas no incluidas en el grupo o clase de los potencialmente designables; b) adjudicación de derechos de más amplio contenido que los autorizados en el título de creación de la potestad y c) condicionamientos y limitaciones en la - designación o determinación del derecho, en términos no autorizados por dicho título.

El principio jurídico aplicable a cualquier clase de exceso en el ejercicio del poder, es el de que cuando es posible distinguir la parte en que no hubo exceso de aquella en que la hubo, y la primera cumple los requisitos necesarios, - la determinación o designación es parcialmente válida; pero -

si no es posible establecer tal distinción, la determinación es nula.

En los títulos constitutivos de los poderes es frecuente incluir previsiones facultando o llamando a determinadas personas a la adquisición de los bienes, si el ejercicio del poder es nulo. A falta de tales previsiones, y también cuando se omite el ejercicio del poder, el constituyente o sus herederos son los llamados a la titularidad de los bienes.

2.3.3. Fraude en el ejercicio del poder (fraud upon a power).

El ejercicio de toda potestad, excepto si es general, - debe llevarse a cabo "de buena fe y de acuerdo con su finalidad". El apoderado, al igual que si fuera un fiduciario, tiene el deber de actuar "con buena fe y sinceridad y atendiendo a una visión de conjunto de la finalidad y sujetos potencialmente designables en virtud de la potestad ..." Cualquier designación o determinación que no satisfaga estas condiciones es nula por fraudulenta, entendido ésto en sentido técnico, aunque en los actos concretos en que materialice no haya nada deshonesto o inmoral, en el sentido usual de estas palabras. La doctrina expuesta en este párrafo es una síntesis - extraída de las más importantes sentencias en la materia: - "Aleyn v. Belchier" (1758), "Duke of Portland v. Lady Tophan" (1864), "Vatcher v. Paull" (1915), etc. El fraude como figura jurídica es creación casi exclusivamente jurisprudencial.

El ejercicio puede ser calificado de fraudulento, calificación que lleva aparejada nulidad, cuando se hace con propósito doloso (corrupt purpose) (tal es el caso del padre - que designa a uno de sus hijos gravemente enfermo, al que está llamado a heredar) o con finalidad extraña o distinta de la prevista (foreign purpose) (cual ocurre cuando una madre

determina en favor de un hijo, imponiéndole la obligación de que el disfrute de la propiedad sea en beneficio de su padre, estando éste excluido del grupo o clase de los designados potenciales) o pactando una prestación compensatoria en favor de extraños (bargain to benefit non-objects) (cual sucede si la designación se hace previo acuerdo entre el apoderado y el designado, pactándose una compensación de éste en favor de personas que no ostenten la condición de designados potenciales).

Una cuestión de suma importancia, que ha merecido la atención del legislador, surge cuando un comprador adquiere de un designado propiedad inmueble cuyo título esté viciado por una designación fraudulenta. La Ley de Derecho de Propiedad de 1925 otorga, en este caso, protección bastante exigua al comprador de buena fe. La exigüidad se aprecia al examinar los requisitos, un tanto rigurosos, que definen la figura del comprador de buena fe a estos particulares efectos. Se entiende por tal al que contrata con un designado-vendedor, mayor de 25 años, a título oneroso y desconociendo el fraude y cualquier noticia a través de la cual, y actuando de forma cuidadosa y razonable, dicho fraude podría haber sido descubierto. Aún cumpliéndose tantos y tan severos requisitos la protección no es completa, pues si el derecho vendido por el designado excede de lo que le habría correspondido si no hubiera habido designación fraudulenta (p. ej., que hubiera tenido que partir con hermanos el beneficio de la designación) el comprador de buena fe no está protegido en cuanto a dicho exceso (la parte que habría correspondido a los hermanos). Con rigor, sin duda excesivo, contempla la ley al comprador de buena fe, haciéndole poco apetecibles las adquisiciones y dificultando el tráfico jurídico ante el cúmulo de riesgos e incertidumbres que ensombrece el futuro de aquéllas.

2.3.4. Ejercicio negativo y renuncia del poder (determination and disclaim of the power). Extinción implícita.

De forma explícita, una potestad puede extinguirse mediante lo que podríamos llamar su ejercicio negativo, unilateral (by release) o pactado (by contract not to exercise it). Se hace en una escritura solemne, "ad hoc", llamada escritura de ejercicio negativo (deed of release). Aunque esta es la vía ordinaria, también puede hacerse en documento privado. Hasta 1882, únicamente las potestades restrictivas y las no restrictivas podían ser objeto de estos actos jurídicos. La posibilidad quedó ampliada a las potestades desligadas en virtud de la Ley de Contratación Inmobiliaria (Conveyancing Act) de 1881. La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 preceptúa que todas las potestades pueden ser ejercitadas negativamente, excepto las fideicomisarias. El ejercicio negativo puede ser parcial y total. El primero excluye parte de la propiedad del ámbito de la potestad o reduce el ámbito personal de designados potenciales. Las normas relativas al ejercicio fraudulento de las potestades no son aplicables a su ejercicio negativo, puesto que, p. ej., una compensación hecha al apoderado que ejerce negativamente, por los llamados a la titularidad a falta de designado, es válida en Derecho; este es el caso del ejercicio negativo pactado o bilateral. El ejercicio negativo por acto "inter vivos", puede realizarse incluso por apoderados facultados únicamente para ejercitar positivamente el poder a través de testamento.

También es viable que el apoderado extinga su potestad renunciando a ella pura y simplemente (disclaim). Es esta una extinción puramente subjetiva, que inhabilita al renunciante para el ejercicio de su derecho pero que, a diferencia del ejercicio negativo del mismo, deja intactas las facultades de

otros apoderados suplentes o solidarios del renunciante. En último término, si todos los apoderados renuncian también, se agota plenamente la posibilidad de ejercicio de la potestad.

Asimismo, una potestad puede quedar extinguida, de forma implícita, mediante un ejercicio de la misma que resulte incompatible con cualquier ejercicio ulterior de ella. Si el marido designa a su esposa titular vitalicio de la cuarta parte de las rentas del fundo y el resto del derecho lo atribuye a sus hijos, fallecida su primera esposa no puede designar en la misma titularidad a aquella con quién se caso en segundas núpcias, puesto que su potestad quedó extinguida, por ejercicio implícito o contradictorio (causa Wolley v. Jenkins, 1856) o dicho de forma más sencilla, por ejercicio positivo, pleno y absoluto de la potestad que, lógicamente, la extingue. Hay también extinción implícita -en este caso, la terminología es más apropiada- cuando todos los fines para los que se creó la potestad resultan de imposible cumplimiento.

El ejercicio positivo, el implícito y el negativo extinguen el poder parcial o totalmente, según los casos, y la renuncia general, totalmente. Los efectos de esta extinción son los mismos que los de la omisión en el ejercicio de la potestad, vistos en el precedente apartado 2.3.2. Respecto a la parte de bienes o con relación a las personas o grupos de ellas a las que no afecta la extinción, la potestad queda pendiente de ejercicio. De todos modos, la omisión en el ejercicio del poder y las diversas formas de extinción del mismo -que acabamos de enumerar -a casi todas ellas les cuadra la de nominación genérica de extinción activa- producen sus respectivos efectos de forma sensiblemente distinta. La extinción activa es, generalmente, el fruto de un acto deliberado para cuya ejecución se elige el momento que se juzga más apropiado.

La omisión es un acto que ha de considerarse inconcluso hasta la muerte del apoderado o, en su caso, el transcurso del plazo fijado para el ejercicio del poder. Su diferente mecánica conduce, normalmente, a resultados prácticos sumamente dispares.

3. DERECHOS REALES LIMITADAMENTE HEREDABLES (entailed interests).

- o - o - o -

± Las antiguas pertenencias limitadamente heredables, hoy, por efecto de la reforma inmobiliaria de 1925, simples derechos reales limitadamente heredables, de naturaleza necesariamente equitativa, son, en cuanto institución jurídica, una modalidad de reserva hereditaria o legítima de origen voluntario (valga la paradoja), impuesta sobre bienes concretos y, generalmente, revocable. Al igual que las legítimas de nuestro Código civil, las pertenencias limitadamente heredables, son la expresión de un fenómeno de sucesión forzosa. Sin embargo, median, entre una y otra, sustanciales diferencias. Las legítimas propiamente dichas o reservas hereditarias -si utilizamos el léxico de la doctrina y las legislaciones extranjeras- son porciones de bienes (según la expresión del art. 806 del C.c.) que están sustraídas a la disponibilidad por testamento y por actos "inter vivos" a título gratuito (arts. 636 y 654 y sgs.) o de las que el testador puede únicamente disponer dentro de ciertos límites (mejora) (CASTAN TOBEÑAS, CASTAN VAZQUEZ, BATISTA Y VALLET, op. cit., 6, II, págs. 454 y 455. Madrid, 1973). Los derechos reales limitadamente heredables no recaen sobre cuotas del caudal hereditario, sino sobre bienes específicos, no siendo, tampoco, una manifestación de Derecho necesario, sino voluntario. En consecuencia, al ser de origen negocial, pueden crearse y extinguirse por voluntad de los interesados. Además, los derechos limitadamente heredables se definen siempre siguiendo la línea recta descendente, mientras que las legítimas pueden también ascender, contándose entre sus beneficiarios, asimismo, el cónyuge viudo. En suma, los derechos reales limitadamente heredables son los -

./.

constituidos en favor de una persona y, después de su fallecimiento, en el de una clase determinada de sus herederos.

La determinación de los herederos favorecidos por el llamamiento a la titularidad futura, se hace según criterios de los que nacen las seis modalidades diferentes de derechos limitadamente heredables que están admitidos por el Derecho inglés.

A) Derechos limitadamente heredables
generales (A favor de los nacidos
de determinada persona).

simples (sin distinción de sexo).

masculinos.

femeninos.

B) Derechos limitadamente heredables
especiales (A favor de los nacidos
de determinada pareja).

simples (sin distinción de sexo).

masculinos.

femeninos.

Este cuadro, de acuerdo con la función esquematizada que le es propia, ofrece una imagen conjuntada de las diversas especies existentes; de sus matices y detalles nos ocuparemos más adelante.

La peculiar naturaleza de estos derechos, a cuya titularidad están llamados, constitutivamente, ciertas personas con exclusión de otras que, eventualmente, tendrían derecho a los mismos bienes en defecto de aquél llamamiento, hace necesaria la utilización, en los testamentos y escrituras constitutivas, de fórmulas solemnes. Estas han de servir de expresión inequívoca de la voluntad del constituyente de vincular la pertenencia, transformándola temporalmente en derechos limitadamente heredables, que tanto

pueden recaer sobre propiedad personal como real.

El titular-poseedor de un derecho limitadamente heredable goza de las mismas facultades de disfrute que el titular vitalicio de la pertenencia. Sus facultades dispositivas requieren consideración especial.

La desvinculación de derechos de esta índole es un negocio jurídico de larga tradición, que permite el retorno a sus otorgantes de la íntegra disponibilidad sucesoria de la pertenencia (o bien vinculado) y con ella la restitución de la plenitud de facultades de la pertenencia legal, plena o menos plena, que estaba vinculada.

Del año 1472 arranca la costumbre de incoar procedimientos simulados o practicar cesiones judiciales, como medios de que se servía el titular de la pertenencia limitadamente heredable para desvincularla. Respetando el deseo, muy extendido, de hacer posible la modificación del cauce sucesorio trazado por el constituyente del vínculo, pero rechazando, al mismo tiempo, toda ficción en los medios de expresar esta voluntad, la Ley de Procesos Simulados y Cesiones Judiciales de 1833, a pesar de su nombre, abolió ambas modalidades desvinculadoras, sustituyéndolas por negocios jurídicos "inter vivos" o "declaraciones desvinculatorias", que han de solemnizarse en escritura solemne.

La desvinculación que puede llevar a cabo el titular del derecho, que también posea la finca, es un negocio jurídico rigurosamente unilateral. El titular futuro de un derecho limitadamente heredable es decir, el que no es

poseedor actual, no está autorizado para practicar, por sí solo, la desvinculación. Ha de contar, a estos efectos, - con el consentimiento del Protector de la Vinculación, que es el titular vitalicio ejerciente. Si falta el Protector o su consentimiento, el titular futuro solo está habilitado para practicar una desvinculación parcial, que dá origen a una pertenencia base, que no es plena, como ya sabemos por la parte I de este capítulo. En virtud de la desvinculación parcial, quedan excluidos los descendientes - del desvinculante, en cuanto expectantes titulares del derecho limitadamente heredable, pero se mantiene en pie el derecho de reversión en favor de los llamados a la titularidad del derecho si faltan los instituidos. La pertenencia, al tener suspendida sobre sí esta espada de Damocles, se transforma en pertenencia base. Su dolencia puede que - dar sanada, automáticamente, por el juego propio de la vinculación o mediante el otorgamiento de una nueva escritura desvinculatoria, al tomar posesión de su derecho el que - era sólo titular futuro del mismo.

A partir de 1925, la desvinculación testamentaria, - hasta entonces inviable, se ha hecho posible. Deben emplearse, para llevarla a efecto, fórmulas que no dejen el menor resquicio de duda sobre la auténtica voluntad del testador. Están habilitados para efectuarla el titular de una pertenencia limitadamente heredable en posesión y el titular de una pertenencia base.

Bastante difícil resulta establecer paralelismos -y no simples puntos de contacto, como los existentes con las legítimas- entre los derechos limitadamente heredables y algunas de las instituciones sucesorias que abundantemente pueblan nuestro Derecho civil, común y foral.

Siendo la sustitución fideicomisaria un instrumento - vinculatorio cuya potencialidad creadora le permite dar a luz una amplia gama de derechos en favor de los fideicomisarios, y no obstante su origen exclusivamente testamentario, lo cierto es que, a través de ella, pueden alcanzarse resultados prácticos muy próximos al contenido de los derechos limitadamente heredables. Aceptando el punto de vista doctrinal (CASTAN TOBEÑAS, CASTAN VAZQUEZ, BATISTA Y VALLLET, op. cit. pág. 233, 6º, III. Madrid, 1973) que define la sustitución fideicomisaria como un acto de disposición por virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o la cosa legada y de transmitirla a su muerte a otra u otras personas, expresamente indicadas por el mismo, vemos, con bastante claridad, lo mucho que hay de cierto en la anterior afirmación.

Al ser posible, institucionalmente, que la sustitución fideicomisaria se configure como una limitación de los derechos del legatario puro, y pudiendo ser objeto del legado una cosa determinada o cantidad de dinero, es viable el establecimiento de una cadena de derechos de contenido sensiblemente igual al de los derechos limitadamente heredables.

Por su parte PUIG BRUTAU (Estudios ...; págs. 66 y 67) estima que los derechos limitadamente heredables (disposiciones a favor de los "heirs of his body") se refieren a la vinculación de bienes en favor de los hijos nacederos de manera semejante a nuestros heredamientos puros de prelación.

El heredamiento universal es una institución sucesoria, regulada por la Compilación de Derecho civil especial

de Cataluña (arts. 63 a 96), cuya naturaleza jurídica es la de una institución de herederos contractual, mezclada o no con una donación ordinaria. Los heredamientos pueden ser a favor de cualquiera de los contrayentes, o de ambos, de estos con carácter mutuo o a favor de sus hijos o descendientes. Una subespecie de los heredamientos a favor de los hijos son los denominados heredamientos puros de prelación, que se configuran como una autolimitación que pactan los contrayentes, obligándose a preferir ciertos hijos, anteponiéndolos a otros. La prelación puede establecerse por diversos criterios, entre ellos la nupcialidad y el sexo. Sin perjuicio de la indudable semejanza entre ambas instituciones, la inglesa y la catalana, conviene resaltar que los derechos limitadamente heredables son, al mismo tiempo, donación que otorga un tercero a favor del padre o padres y herencia a favor de los hijos, mientras que los heredamientos puros de prelación son solo una limitación sucesoria que pactan, los contrayentes con efectos para su descendencia común y sin intervención de terceros. Por ello, quizá el paralelismo sea más claro si lo establecemos entre la institución inglesa y los heredamientos a favor de los contrayentes y de sus hijos, que pueden hacer los padres de aquellos en calidad de heredantes. *

- o - o - o -

Como ya quedó dicho en el capítulo anterior, un derecho real limitadamente heredable es el constituido a favor de una persona, y, después de su fallecimiento, en el de una clase determinada de sus herederos.

Las diversas clases de derechos reales limitadamente heredables dependen de los términos en que esté redactado el instrumento de constitución. Así, los herederos cuya designación es imprescindible para la existencia de este derecho, pueden ser los hijos del donatario o heredero (se constituye siempre por donación o herencia) habidos con cónyuge especificado o sin especificar y de acuerdo también con el sexo de los hijos. Con base a estos elementos son posibles varias combinaciones, como veremos de inmediato.

Anticipemos, de otra parte, que, de conformidad con los preceptos de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, este derecho dejó de existir como pertenencia legal y es únicamente viable como derecho equitativo, es decir, amparado en una vinculación, sea estricta o en forma de fideicomiso para venta. Esto significa que la posibilidad de disponer de la pertenencia legal (legal estate) ha de conferirse al titular vitalicio, en caso de vinculación estricta, o a los fiduciarios, si se trata de un fideicomiso para venta. Puede ser fiduciario el titular hereditariamente limitado (tenant in tail) que en unión de otras personas, habrán de ostentar la pertenencia, en fideicomiso, a favor del heredero predeterminado y de cualquier otra persona eventualmente interesada en el predio.

3.1. Clases.

Atendiendo al criterio ya expuesto, de las circunstancias personales del heredero en el que normalmente ha de re-

caer en su día la pertenencia plena, tenemos seis modalidades diferentes de derechos limitadamente heredables.

a) Derechos limitadamente heredables generales simples (interests in tail general). Es la modalidad más universal y flexible. Existe cuando la titularidad de la finca se otorga a "A y a los herederos engendrados por su cuerpo" (A and the heirs of his body begotten) sin ninguna limitación complementaria. Cuando el titular hereditariamente limitado fallece intestado y sin haber desvinculado la pertenencia, el primogénito de sus hijos varones habido con su primera esposa es el heredero llamado en primer lugar. Si tal primogénito premuere sin dejar hijos de uno y otro sexo -pues si los hay, éstos le representan en su derecho- le sustituye el segundo de los del titular hereditariamente limitado y sus hijos, y así sucesivamente si también premuere sin descendencia. Faltando hijos o nietos, las hijas del titular hereditariamente limitado adquieren la finca como coherederas a partes iguales.

b) Derechos limitadamente heredables generales masculinos (interests in tail male general). Surgen cuando la titularidad de la finca se atribuye a "A y a los herederos masculinos engendrados por su cuerpo" (A and the heirs male of his body begotten). Se rige por las mismas normas que la especie anterior con la única diferencia de que sólo heredan los varones y sus descendientes varones; las mujeres, sus descendientes, varones o hembras y las hembras descendientes de varones, quedan excluidos de la sucesión.

c) Derechos limitadamente heredables generales femeninos (interests in tail female general). Inversa a la anterior. La exclusión afecta a los descendientes varones de las mujeres y a los varones y a su descendencia de ambos sexos.

d) Derechos limitadamente heredables especiales simples (interests in tail special). Se diferencia esta modalidad de la ex puesta en la letra a) en que la restricción hereditaria no queda circunscrita a los nacidos de determinada persona, sino a los descendientes de una pareja determinada, estén o no casados y puedan o no contraer matrimonio (p. ej. si media entre ellos un impedimento dirimente). Si la pareja constituye matrimonio, o puede formarlo, son cotitulares limitadamente heredables. Supuesta la imposibilidad legal para el matrimonio, son simples cotitulares vitalicios.

e) Derechos limitadamente heredables especiales masculinos (interests in tail male special). Existen cuando se requiere la masculinidad, en la forma prevista en el apartado b), además de la descendencia de dos personas específicamente determinadas.

f) Derechos limitadamente heredables especiales femeninas (interests in tail female special). Igual que los anteriores, si bien la condición femenina sustituye a la masculina en cuanto requisito concurrente.

Cuando la sucesión deviene imposible, que se da en las modalidades especiales por fallecimiento, ^{sin hijos,} de una de las personas que integran la pareja, nos encontramos ante el derecho limitadamente heredable inviable (interest in tail after possibility of issue extinct) en cuyo caso los derechos de la persona en quién concurre esta imposibilidad de transmisión sucesoria son los de un titular vitalicio, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Propiedad Vinculada de 1925. No obstante, puede pensarse que, a pesar de que dicha persona se encuentre virtualmente en la posición de un titular vitalicio, técnicamente continúa siendo titular de un derecho limitadamente heredable. Así, al igual que éste, no es responsable de

ciertos daños, aun cuando sean voluntarios, causados al inmueble (voluntary waste), como talar árboles maderables, mientras que el titular vitalicio lo es, pero no puede aquél realizar actos de los que un buen padre de familia se abstendría al administrar sus propiedades (equitable waste). Esta última regla ha sido sancionada por la jurisprudencia en las causas - Williams (1810) y Cooke v. Whaley (1701).

3.2. Facultades del titular-poseedor del derecho.

En general, el titular-poseedor del derecho limitadamente heredable goza de las mismas facultades de aprovechamiento - que el titular vitalicio de la pertenencia.

Por lo que se refiere a las facultades de disposición la analogía está matizada por las consideraciones hechas en los epígrafes que siguen.

3.3. Ampliación de su objeto.

Uno de los cambios radicales introducidos por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 es el de que cualquier clase de propiedad, tanto la real como la personal, puede ser objeto - de un derecho limitadamente heredable. Hasta entonces, la propiedad personal, en todas sus formas, estaba excluida de esta posibilidad. Entendió el legislador que no había razón para que propiedades tales como valores mobiliarios y arrendamientos reales, por no citar sino unos ejemplos significativos, quedaran marginadas del juego de esta institución. El régimen jurídico aplicable a ambas clases de propiedad, cuando se constituye sobre ellas el derecho limitadamente heredable, no establece diferencias por razón del objeto. Esta norma facilitó la aplicación de un estatuto jurídico común a bienes muebles, como cuadros valiosos, unidos en su uso a determinados inmuebles.

3.4. Constitución: fórmulas solemnes (words of limitation).

En una institución jurídica polimorfa es de suma importancia conocer con precisión el sistema de fórmulas a través de las cuales pueden alumbrarse sus múltiples modalidades. Algunas consideraciones históricas son imprescindibles pues la Ley del Derecho de Propiedad, al regular la materia, no se ha desprendido de todo vestigio del pasado. Distinguiremos entre constitución por acto "inter vivos" y constitución en testamento.

En el Derecho común, la palabra "herederos" (heirs) era de utilización absolutamente precisa, en unión de otras relativas a la procreación de los mismos por el titular limitadamente heredable, de tal modo que su omisión invalidaba la constitución del derecho por acto "inter vivos". La utilización de las palabras relativas a la procreación era, asimismo, precisa para excluir a otros herederos, familiares de dicho titular, como hermanos y tíos, pero no descendientes del mismo. Esta fórmula era suficiente para crear derechos limitadamente heredables generales simples. La constitución del grupo de los especiales o la restricción a la línea masculina o femenina en el grupo de los generales, hacía precisa la utilización del léxico adecuado (male or female) y la identificación de las personas de las que había de proceder la común descendencia.

Continuando con los derechos limitadamente heredables constituidos por actos "inter vivos" (donación), la Ley de Contratación Inmobiliaria (Conveyancing Act) de 1881, estableció que, en lugar de las fórmulas antes vistas, procedentes del Derecho común, las palabras "limitada a los descendientes" (in tail) eran suficientes para crear el derecho en su modalidad general simple. Para las otras modalidades era preciso añadir los términos acordes con la finalidad pretendida.

Estas normas continuaron aplicándose con posterioridad a 1925 pues la Ley del Derecho de Propiedad de esta fecha, que derogó a la antes citada de 1881, las reprodujo. La omisión de la expresión "in tail", aunque se utilicen otras de significado gramatical equivalente, p. ej. "para A y su descendencia" (to A and his issue), produce la transmisión de la pertenencia legal, para A o para él y sus descendientes, si éstos están vivos al tiempo de la constitución.

Tratándose de constitución en testamento, la norma, antes de 1925, fué la de que cualesquiera palabras utilizadas eran suficientes para la creación de un derecho limitadamente heredable, aún cuando no se empleasen términos técnicos, siempre que la voluntad de constitución del derecho apareciese claramente manifestada. Así, expresiones como "en favor de A y su progenie" (to A and his seed) o "en favor de A y sus descendientes" (to A and his descendants) y otras por el estilo bastaban para el fin perseguido. No obstante, la fórmula "en favor de A y sus hijos" (to A and his children) era una excepción pues en ocasiones confería a A un derecho limitadamente heredable -cuando no había hijos al otorgarse el testamento, aunque naciesen antes de la muerte del testador- y en otras, transmitía la pertenencia plena en copropiedad a A y a sus hijos -supuesto que éstos existiesen al otorgarse el testamento-; esta es la regla jurisprudencial, de rancia tradición, establecida en la causa "Wild" (the rule in Wild's Case) en 1599.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 dió de lado el sistema de expresiones informales en las constituciones testamentarias. Se precisa, pues, utilizar la expresión "herederos", acompañada de otras relativas a su procreación por el titular del derecho limitadamente heredable o constituyente, o, en su defecto, debe emplearse la expresión "limitada a los descen -

dientes" (in tail). El empleo de expresiones informales produce los mismos efectos que en la constitución por acto "inter vivos".

3.5. Desvinculación de los derechos limitadamente heredables (entailed interests may be barred).

Es muy remota la aspiración a desvincular las pertenencias limitadamente heredables (estates tail) convirtiéndolas en pertenencias plenas (fee simple), libres del derecho sucesorio de los herederos y de los eventualmente llamados a la herencia a falta o por desaparición de los mismos. Tras muchos esfuerzos y tanteos, el ingenio de los juristas halló, al fin, soluciones que comenzaron a practicarse a partir de 1472, aproximadamente.

Dos son los procedimientos que sirvieron de instrumento para alcanzar la finalidad pretendida.

1º. Procedimientos simulados (common recovery). Consistía en una confabulación que se hacía efectiva a través de una sentencia judicial obtenida mediante un complicado mecanismo de actuaciones procesales previamente convenidas. Un colaborador del titular poseedor del derecho limitadamente hereditable reivindicaba, de acuerdo con él, el dominio del inmueble. El demandante afirmaba, contrariamente a la verdad, haberlo recibido de un tercero, cómplice de ambas partes, que no comparecía en el juicio. El Tribunal estimaba la petición del demandante y reconocía al demandado el ilusorio derecho de recuperar del tercero tierras de un valor equivalente que quedarían, por subrogación real, afectas a la limitación hereditaria. Después del fallo, el demandante transmitía al demandado la pertenencia plena y libre de las tierras "ganadas" en juicio o un valor equivalente.

22. Cesión judicial (levy of a fine). La cesión judicial, desde tiempos remotos, estaba considerada como la más solemne y eficaz forma de transmisión de inmuebles conocida en Derecho. Era una transmisión inmobiliaria, a través de una acción amistosa, a modo de un acto de jurisdicción voluntaria, en virtud del cual, el Tribunal que desconocía a quien pertenecía el inmueble en cuestión, sancionaba lo que las partes, de común acuerdo, decían. Una de las finalidades con que se utilizaba era la de desvincular las pertenencias limitadamente hereditables. El titular de la pertenencia limitadamente hereditable prometía, a quién con él colaboraba en la ficción, la venta de la pertenencia plena. Incumplida la promesa y demandado por su colaborador, se allanaba a sus pretensiones y se solemnizaba la cesión judicial. Esta extinguía únicamente los derechos de los herederos del titular pero no los de los llamados a falta de ellos o por su desaparición, (Margaret Podger's Case, 1613) a diferencia del proceso simulado que daba al traste con todos ellos. Podía ser utilizada por titulares de derechos limitadamente hereditables, antes de obtener la posesión del inmueble, nota que igualmente la diferencia del proceso simulado, al cual sólo podía acudir el titular que era también poseedor.

Los Comisionados de la Propiedad Real (The Real Property Commissioners), en su informe de 1829, abogaron por la simplificación de los instrumentos jurídicos, cualesquiera que fueran las finalidades pretendidas y, en congruencia con este principio, la Ley de Procesos Simulados y Cesiones Judiciales de 1833, abolió ambos sistemas e introdujo un sistema simple y rectilíneo para desvincular los derechos limitadamente hereditables.

La Ley de Procesos Simulados y Cesiones Judiciales (The Fines and Recoveries Act) de 1833, estableció que todo titular

"actual" de un derecho limitadamente heredable (actual tenant in tail) en posesión, o futuro, está facultado para disponer del fundo como pertenencia plena (fee simple) o de otra manera (or for any lesser estate). Se trata de un derecho absoluto, cuya limitación en el título constitutivo, o de cualquier otro modo, es nula. Su estudio ha de hacerse distinguiendo - dos supuestos: titular poseedor y titular no poseedor.

A) Desvinculación cuando el titular es poseedor. El titular de un derecho limitadamente heredable, mayor de edad, puede por sí solo desvincular el derecho transformándolo en una pertenencia plena (legal fee simple) mediante un acto de disposición "inter vivos", en escritura pública, denominada "declaración desvinculatoria" (disentailing assurance). El efecto de este negocio jurídico es la caducidad de los derechos - futuros de los presuntos herederos, a cuyo favor estaba limitado el derecho, y el de los que eventualmente hubieran sido llamados a la titularidad del mismo, faltando aquéllos. La - desvinculación no puede perjudicar derechos existentes sobre la finca, adquiridos en firme y con prioridad al del desvinculante (Milbank v. Vane, 1893) como, por ejemplo, un pacto restrictivo de uso (v. 4.2.2. parte III, capítulo III).

B) Desvinculación cuando el titular no es poseedor. La - diferencia entre el titular en posesión (tenant in tail in possession) y el titular futuro está en que el primero, sin necesidad de concurrencia alguna, puede, según hemos visto, llevar a cabo una desvinculación completa, mientras que el último sólo está facultado para llevar a cabo una desvinculación parcial, a menos que tenga el consentimiento del Protector de la Vinculación (the Protector of the Settlement).

Concurriendo dicho consentimiento, el titular expectante puede otorgar una escritura desvinculatoria. La figura del -

Protector de la Vinculación existe únicamente cuando hay un de recho limitadamente heredable o futuro, precedido de uno o más titulares vitalicios; al primero de todos ellos le corresponde el cargo y su función.

Sin necesidad de dicho consentimiento, el titular futuro está facultado para llevar a efecto una desvinculación parcial, otorgando también la oportuna escritura desvinculatoria. El efecto de esta desvinculación parcial es la creación de una pertenencia base (base fee) a cuya existencia ya hemos hecho mención en la parte I de este capítulo, al estudiar la pertenencia plena en posesión. Convertido su derecho expectante en la indicada pertenencia base, puede permanecer en su titularidad o enajenarlo, si bien esto último entraña dificultades de indudable monta, dado el futuro incierto que caracteriza al derecho así creado. En virtud de la desvinculación parcial, quedan excluidos los descendientes del desvinculante, en cuanto expectantes titulares del derecho limitadamente heredable, pero se mantiene en pie el derecho de reversión en favor de los llamados a la titularidad del derecho si faltan los instituidos. La pertenencia base es menos consistente que la pertenencia plena absoluta en posesión, puesto que puede durar solamente mientras haya descendientes de quien habría heredado el derecho limitadamente heredable, si éste no hubiese sido desvinculado.

Una pertenencia base puede, no obstante, automáticamente o por convenio, ascender a la categoría de pertenencia plena, en cualquiera de estos supuestos: 1) Unión de la pertenencia base con la pertenencia plena en un mismo titular, por el juego de las previsiones establecidas al constituirse el derecho limitadamente heredable; 2) Otorgamiento de una nueva escritura desvinculatoria (fresh disentailing deed) con consentimiento posterior del Protector del Vínculo o por el desvinculante

solo, si aquél ya no existe y la pertenencia base hubiera sido adquirida por quién sería el beneficiario directo del acto desvinculatorio; 3) La posesión del inmueble apoyada en una pertenencia base, mantenida durante doce años después que el Protector haya cesado, según lo previsto en la Ley de Prescripción Extintiva (Limitation Act) de 1939; 4) Por testamento, el titular de una pertenencia base en posesión puede ampliarla a pertenencia plena, de acuerdo con lo previsto, por vez primera, en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925.

Excepcionalmente, algunos derechos limitadamente hereditables no pueden ser desvinculados. Tal sucede con los derechos limitadamente hereditables inviables (3.1. precedente), arriba citados, y cuando la Corona o el Parlamento adjudican bienes en recompensa a servicios excepcionales prestados a la Nación. Tal ocurre con las pertenencias de los Bolton, Marlborough, Wellington, etc.

3.6. Disponibilidad testamentaria.

Con anterioridad a la entrada en vigor de las reformas legislativas de 1925, el titular del derecho limitadamente hereditable no podía disponer de él por testamento y si fallecía sin haber desvinculado, el derecho pasaba a los herederos designados al crearse el mismo.

En los testamentos otorgados a partir del 1 de Enero de 1926, el testador, mayor de edad, puede instituir heredero o legatario de cualquier propiedad, personal o real, sujeta a limitación hereditaria, siempre que esté en posesión de ella al tiempo de su fallecimiento, pudiendo hacer uso de tal facultad con absoluta libertad, como si hubiera desvinculado previamente el derecho. Para evitar desvinculaciones testamentarias hechas

de forma inadvertida, ha de hacerse referencia específica en -
el testamento a la propiedad limitada hereditariamente o al -
instrumento creador de la misma.

Este poder de disposición se confiere también por la Ley
al titular de una pertenencia base en posesión, según acabamos
de ver.



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



532956123X

PAGS. 316 A 41

TE

707

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

CAPITULO III

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS: MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO

PARTE II

DERECHO INMOBILIARIO FAMILIAR

EPIGRAFES 4 AL 6

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

MADRID, 1977



S U M A R I O P A R T I C U L A R

Capítulo III

Pág.

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS: MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO.

PARTE II

DERECHO INMOBILIARIO FAMILIAR (family interests)

4. DERECHOS REALES VITALICIOS: EL USUFRUCTO DE LA PERTENENCIA (life interests).	316
* COMENTARIO	316
TRATADO	327
4.1. Consideraciones sobre su naturaleza y evolución histórica.	327
4.2. Constitución y clases.	328
4.3. Estatuto personal del titular vitalicio del usufructo.	329
5. DERECHOS FUTUROS (future interests).	333
* COMENTARIO	333
TRATADO	348
5.1. Conceptos básicos: derecho futuro y sus clases.	348
5.2. La legislación de 1925: líneas maestras	351
5.3. Normas desamortizadoras (rules against remoteness).	352
5.3.1. La regla fijada en la causa "Whitby v. Mitchell".	353
5.3.2. La regla contra perpetuidades (the rule against perpetuities).	354
5.3.2.1. Consideraciones históricas.	354
5.3.2.2. Contenido.	356
5.3.3. La regla contra la inalienabilidad (the rule against inalienability).	373
5.3.4. La regla contra acumulaciones (the rule against accumulations).	374
5.3.4.1. Los periodos legales (the statutory periods).	375
5.3.4.2. Acumulación excesiva (excessive accumulation).	376
5.3.4.3. Renta excedente (surplus income).	377

5.3.4.4. Extinción anticipada de la acumulación (the right to stop accumulations).	377
5.3.4.5. Excepciones a la regla contra acumulaciones (exceptions to the rule against accumulations).	378
6. COMUNIDAD O COTITULARIDAD DE DERECHOS INMOBILIARIOS (concurrent interests).	381
* COMENTARIO	381
TRATADO	392
6.1. Comunidades en mano común (Joint Tenancy) y por cuotas (Tenancy in Common).	392
6.1.1. Indicaciones sobre su naturaleza jurídica.	393
6.1.1.1. Comunidad en mano común.	393
6.1.1.2. Comunidad por cuotas.	395
6.1.2. Pertenencias y derechos objeto de ambas formas de comunidad.	396
6.1.3. Constitución y régimen jurídico de las comunidades.	396
6.1.3.1. Régimen imperante hasta 1926.	397
6.1.3.2. Régimen imperante después de 1925.	398
6.1.4. Especialidades relativas a la propiedad vinculada.	401
6.1.5. Extinción de comunidades en mano común y por cuotas.	402
6.1.5.1. División (partition).	403
6.1.5.2. Agrupación de derechos en un solo titular (union in a sole tenant).	404
6.1.5.3. Determinación de cuotas (severance).	404
6.2. Comunidad hereditaria intestada (co-parcenary).	406
6.3. Comunidad conyugal (tenancy by entireties).	407
6.4. Copropiedad de los elementos comunes de edificios por apartamentos y de urbanizaciones privadas.	409
6.5. Comunidades medianeras (party walls).	411

4. DERECHOS REALES VITALICIOS: EL USUFRUCTO DE LA PERTENENCIA (life interests).

- o - o - o -

* De entrada, puede aventurarse la afirmación de que el usufructo regulado en nuestras leyes civiles y el derecho real vitalicio o usufructo de la pertenencia, son instituciones jurídicas que, sin ser totalmente equiparables, tiene un notable grado de semejanza.

Pero antes de profundizar en el estudio comparativo de ambas instituciones, conviene tener presente que las facultades de aprovechamiento que corresponden al titular de un derecho real vitalicio tienen, en cuanto componentes del estatuto jurídico de todo beneficiario actual o presente de una vinculación, carácter mínimo. Es decir que, por citar un ejemplo, el titular de un derecho real limitadamente heredable, además de las facultades que integran su peculiar estatuto jurídico, goza de las que corresponde a un usufructuario de la pertenencia. En ocasiones, sin embargo, la expresión de tal aprovechamiento puede verse reducida a la mera percepción del contenido económico del mismo. Hay que distinguir, en suma, entre facultades de aprovechamiento activo y de aprovechamiento pasivo, o, dicho de otro modo, entre facultades de administración y aprovechamiento o de mero aprovechamiento. Estas últimas se dan en ciertos casos en los que, como la minoría de edad, existe un impedimento legal para ser titular de la pertenencia y también cuando median otros obstáculos de carácter institucional, como los nacidos de la misma naturaleza de un fideicomiso para venta, en los que los fiduciarios no cedan voluntariamente a los -

beneficiarios sus facultades de administración de los bienes vinculados. En este supuesto, el beneficiario actual es, al igual que en el de los menores de edad, un mero - perceptor del resultado económico del bien administrado - por otro.

Al Derecho español moderno ha pasado el usufructo - con su misma configuración romana, y viene siendo un expediente -usado principalmente, al igual que en Derecho inglés, en la esfera del Derecho de familia y el de sucesiones, pero construido dogmáticamente en el tratado de los Derechos reales- por medio del cual se concede a una persona el uso y disfrute de una cosa ajena, por tiempo limitado y sin poder alterarla sustancialmente (CASTAN y MARIN, op. cit. 2, I, pág. 15. Madrid, 1973). Otra definición posible del usufructo, que brilla por su laconismo y precisión, es la contenida en esta breve frase: derecho real a disfrutar completamente una cosa ajena, sin alterar su modo de ser (ALBALADEJO, op. cit. III, 2º, pág. 7. Barcelona, 1974).

Congruentemente con sus respectivos planteamientos - generales del Derecho de cosas, mientras que el Ordenamiento jurídico español, merced a su clara inspiración romanista, concibe el usufructo como un derecho real limitativo del dominio, un "ius in re aliena", el Derecho inglés conceptúa el usufructo de la pertenencia o derecho real vitalicio como una forma dominical atenuada, un derecho en cosa propia.

Esta radical discrepancia respecto a su naturaleza jurídica, halla su explicación, desde el punto de vista inglés, en las profundas raíces históricas de su Derecho, - uno de cuyos frutos recientes es la adopción del procedi-

miento vinculatorio (vinculación estricta o fideicomiso para venta) como único instrumento apto para el funcionamiento de los derechos reales vitalicios. Si hablamos de usufructuarios de la pertenencia, lo hacemos para homologar conceptos hasta donde sea posible, sin que se nos oculten los peligros de las fáciles, pero falsas, asimilaciones puramente nominalistas. La existencia de tales sujetos jurídicos no corre pareja, al contrario de lo que necesariamente acontece en nuestro Derecho, con la del nudo propietario o nudo titular de la pertenencia legal, figura inexistente en Derecho inglés. La pertenencia legal, cuando toma estado de vinculación, experimenta no una división, como nuestro dominio, sino una metamorfosis caleidoscópica, es decir, un fraccionamiento múltiple de su contenido que, sin embargo, no constituye impedimento para que pueda disponerse de su titularidad completa por los sujetos y con los requisitos propios de cada modalidad y supuesto vinculatorio. Esto, sin embargo, no es posible en Derecho español sin que usufructuario y nudo propietario aúnen sus voluntades.

Tomando como punto de referencia los caracteres con que nuestra más clásica doctrina (CASTAN y MARIN, op. cit. 2, II, pág. 26) traza los perfiles del usufructo, podemos hacernos una idea de la gran semejanza de contenido, es decir, práctica, que existe entre él y el derecho real vitalicio inglés. Ambos son derechos reales de disfrute o goce; uno y otro son derechos reales mobiliarios e inmobiliarios, pues a través del fideicomiso para venta es viable el usufructo de propiedad personal, en todas sus formas, incluidas las cosas incorpóreas y los derechos no personalísimos o intransmisibles (v. art. 469 C.C.); su duración es temporal, generalmente vitalicia en Derecho

español y, por lo común, determinada en función de la vida de alguien en Derecho inglés; finalmente, en ambos ordenamientos, es transmisible.

Por su origen, y a la vista del art. 468 del C.c., - se distingue entre usufructos legales, constituidos por ley, como el usufructo a favor del cónyuge viudo; voluntarios, nacidos de acto jurídico "inter vivos" (contrato) o "mortis causa" (testamento) y mixtos, que son los adquiridos por prescripción (arts. 609, 1930 y 1940). Esta clasificación es también válida para los derechos reales vitalicios, puesto que los hay tanto de origen voluntario (contrato y testamento) como legal (derecho limitadamente heredable inviable y derechos sucesorios vitalicios del cónyuge viudo) e, incluso, nacidos de prescripción extintiva, con sujeción a sus peculiares mecanismos y efectos jurídicos, que examinaremos más adelante (v. - 3.2.3 y 3.4., parte IV, capítulo III).

Por su duración, hay usufructos vitalicios (que son la regla general) y a plazo cierto. La vida que sirve de módulo para determinar la duración del usufructo es la de su titular o titulares, si se establece en favor de varias personas físicas. La posibilidad de un usufructo constituido sobre la vida de un tercero está contemplada de forma indirecta en el art. 516 del Código civil, como una excepción del usufructo a término fijo. Así, cuando se concede por el tiempo que un tercero tarde en llegar a cierta edad estamos en el caso indicado, que el artículo regula, diciendo que "subsistirá el número de años prefijado, aunque el tercero muera antes, salvo si dicho usufructo hubiese sido expresamente concedido sólo en atención a la existencia de dicha persona". Por su parte

la resolución de la D.G. de los R. y del N. de 9.2.1917 - (citada por ALBALADEJO; III, 2º, pg. 41) confirma la eventualidad de que la vida módulo (es decir, la vida durante la cual el usufructo existe) sea la de otra persona, distinta del usufructuario. Esta posibilidad, en Derecho inglés, no es marginal sino central, dando lugar, históricamente, a dos distintas modalidades de pertenencias y, ahora, a dos diferentes usufructos vitalicios de la pertenencia: el limitado a la vida de su titular (ordinary life - estate) y el circunscrito a la vida de un tercero (pur autre vie). Lo que el Derecho inglés, a diferencia del nuestro, no contempla directamente es el usufructo de la pertenencia a plazo cierto, quizá porque su constitución se hace siempre dentro del marco de las vinculaciones familiares que se establecen por periodos coincidentes con la vida de alguien, normalmente sus beneficiarios. No hay, sin embargo, obstáculo alguno institucional al usufructo a plazo cierto que, lo mismo que puede nacer, y ello es más probable, sujeto a condición o modo, puede hacerlo también a término fijo.

El titular de un derecho real vitalicio inmobiliario está facultado, en síntesis, a percibir todos los frutos que el predio produzca, pero le está vedado atentar contra nada que sea permanente en el mismo. Rige, también - en Derecho inglés, el viejo principio paulino-justiniano contenido en el aforismo "salva rerum substantia", del que nuestro Código civil ya se hizo eco, en el art. 467, cuando definió legalmente el usufructo como el derecho "a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa".

Contempla, pues, nuestro Ordenamiento civil la posibilidad de excepciones a la regla "salva rerum substantia". La primera de ellas -es decir, la nacida del título constitutivo- se propone respetar la voluntad de los constituyentes del usufructo, que pueden dar al mismo la configuración de un usufructo de disposición. Con la segunda de las excepciones admitidas, el propósito del Código quizá haya sido el de unificar en un solo concepto de usufructo las dos figuras romanas y tradicionales del usufructo propio (sobre las cosas de utilidad reiterada) y el cuasi - usufructo o usufructo impropio o anormal (sobre las cosas de utilidad simple, que agotan de una sola vez su aptitud para satisfacer necesidades humanas, respecto de las cuales, y de conformidad con el art. 482 del propio Código, el usufructuario ha de devolver el importe de su avalúo o, a falta de éste, habrá de restituir igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el - usufructo) (v. CASTAN y MARIN, 2, II, pgs. 22 y 23).

La primera de las excepciones admitidas por el Código civil es, no sólo la más importante, sino la que mayores problemas suscita. Siguiendo a los autores antes citados (2, II, págs. 23 a 25 y 50 a 52) examinaremos las dos corrientes doctrinales que tratan de concretar el alcance último de la dispensa voluntaria de la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada.

Una primera dirección doctrinal, de espíritu restritivo, es la que interpreta la excepción consignada por el art. 467 en el sentido de que el título constitutivo puede autorizar al usufructuario para gozar la cosa transformándola (devolviéndola transformada a la conclusión del - usufructo) y hasta para enajenar los bienes (usufructo -

con facultad de enajenar) siempre que sea con la condición de restituir su valor, pues de otro modo se trataría, no - de un usufructo, sino de alguna institución distinta, como el fideicomiso de residuo, si de disposición testamentaria se trata.

Una segunda dirección, de espíritu amplio y más conforme con el sentido del artículo 467, trata de admitir la posibilidad de que sea unida al usufructo la propia facultad de disponer, sin que aquél quede desnaturalizado o desbordado. Para poder llegar a esta construcción -que es la más apropiada a la intención del Código civil- se han propuesto diversas explicaciones entre las que sobresale la - de ROCA SASTRE (Estudios de Derecho Privado, t. II, págs. 79 y sgs.) que estima que al unirse la facultad dispositiva con el usufructo no surge un derecho nuevo, sino que se produce un simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo al derecho de usufructo.

El contenido del usufructo con facultad de disposición se ajustará, en cada caso, a lo que resulte del título constitutivo. La concesión de facultades dispositivas - al usufructuario puede tener grados muy diversos. Nos referiremos únicamente al supuesto más común (en cuya aplicación práctica suele concurrir esta doble circunstancia: estar destinado, casi siempre, a satisfacer necesidades de tipo familiar y ligado, por su origen, al ámbito sucesorio) que es el de facultad de disponer para caso de necesidad y sin que se exija formalmente la justificación de ésta. En tal caso, la facultad de disponer se estima concedida a título oneroso, con miras a obtener dinero como equivalente; el dinero así obtenido puede ser gastado sin que la cuestión de si existe obligación de restituir el valor pueda plantearse más que, si acaso, para el sobrante que pueda -

quedar después de satisfacer la necesidad del usufructuario; y, por último, que las ventas realizadas de mala fé o con simulación pueden ser impugnadas por aplicación de la doctrina del abuso del derecho.

Por lo dicho en el precedente apartado 1 sabemos que lo normal, dentro del ámbito de la vinculación estricta, es que el usufructuario de la pertenencia sea también el titular vitalicio de la misma. Dedúcese de ello que, en tales casos, confluyen en un solo sujeto jurídico, sin perjuicio de las limitaciones y condicionamientos inherentes a toda vinculación estricta, todas las facultades dispositivas y de aprovechamiento posibles sobre la pertenencia vinculada. Es innegable la semejanza estructural entre el estatuto jurídico del usufructuario con facultad de disponer, contemplado en nuestras leyes, y el titular vitalicio de la pertenencia, regulado en las inglesas. Son, sin embargo, mayores las discrepancias que las coincidencias, nacidas aquellas de una diferencia sustancial en la respectiva finalidad de ambas instituciones jurídicas. Efectivamente, la yuxtaposición de la facultad de disponer al usufructo se hace, en Derecho español, para beneficio del usufructuario, en su interés, mientras que las facultades dispositivas que el Ordenamiento jurídico inglés atribuye al titular vitalicio de la pertenencia constituyen, ante todo, una función. Como toda función, aquélla está llamada a tutelar intereses ajenos que, en este caso son dobles: el interés social de hacer compatible la vinculación familiar de los predios y el mantenimiento de su tráfico jurídico y el de los beneficiarios posteriores o futuros, llamados al disfrute de las fincas cuando se extinga el derecho del titular vitalicio actual.

Lógicamente, las facultades dispositivas del titular vitalicio han de encasillarse dentro de la línea doctrinal, de espíritu restrictivo, antes vista, ya que la aplicación del principio de subrogación real es absolutamente preceptiva en este caso, como único medio de mantener intacto el valor patrimonial vinculado en favor de los futuros titulares de los mismos.

Al igual que en Derecho inglés, el usufructuario, - sin necesidad de aquiescencia alguna, puede hacer mejoras útiles o de recreo, sin que de ello se derive responsabilidad alguna, ni tampoco derecho a obtener compensación económica por razón de su valor. Está autorizado, sin embargo, a retirar las expresadas mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes y también la de compensarlas con los deterioros (arts. 487 y 488). El paralelismo entre ambos sistemas es, en este punto, muy notable.

La guarda y conservación de la cosa usufructuada - preocupa por igual en ambos Ordenamientos, si bien su efectividad se consigue a través de normas inspiradas en técnicas jurídicas muy dispares. Así, en Derecho inglés, se hace "a posteriori" del daño y en base a la teoría del do lo y la culpa, distinguiéndose entre daños por omisión, - culposos y dolosos. En nuestro Derecho se parte de un planteamiento apriorístico del tema, inspirado en un criterio de desconfianza hacia el usufructuario, por lo que, salvo dispensa, está obligado a formar inventario y a - prestar fianza (arts. 491 a 496, del C.c.). Durante el - usufructo, su titular, al igual que su homólogo inglés, - tiene la obligación de cuidar de las cosas como un buen padre de familia (art. 497), cuyo incumplimiento puede - acarrearle la pérdida de su posesión, en beneficio del nu do propietario, pero no del derecho a los frutos (art. 520)

En cuanto a las reparaciones, nuestro usufructuario está obligado a hacer por su cuenta las ordinarias o derivadas del uso natural de las cosas e indispensables para su conservación (art. 500) pero no las extraordinarias, que son de cuenta del nudo propietario (art. 501). El usufructuario de la pertenencia, sin embargo y por lo general, no está ni siquiera obligado a realizar las reparaciones ordinarias. *

- o - o - o -

Como su nombre indica, son aquellos cuya duración está limitada a la vida de una persona determinada. Dicha vida puede ser la del propio titular del derecho, al que denominaremos titular vitalicio del usufructo, ("life estate" propiamente dicho) o la de un tercero (estate "pur autre vie"). Pero éstas son nociones elementales, ya conocidas a través de lo expuesto en el capítulo anterior. A fin de profundizar en ellas, en busca de su esencia y significado pasado y presente, vamos a hacer unas consideraciones en torno a su evolución histórica y naturaleza, sin perjuicio de tener bien presente que el titular vitalicio del usufructo -tanto si la medida temporal de su derecho la constituye su propia vida como la de un tercero- -suele ostentar también la condición y facultades dispositivas del titular vitalicio de la misma pertenencia usufructuada (1.3.1., parte II, de este capítulo). No son, sin embargo, sujetos jurídicos intercambiables o equivalentes ya que el estatuto jurídico del titular vitalicio del usufructo, en cuanto beneficiario del disfrute de la pertenencia, no es de aplicación a toda la amplia gama de sujetos a los que, por mediar una -vinculación estricta a través de un fideicomiso, les está atribuida la titularidad vitalicia de la pertenencia y facultades dispositivas adyacentes. Como resultado de la existencia de fideicomisos para venta y, en ciertos casos, dentro de la vinculación estricta, puede haber usufructuarios vitalicios de la pertenencia que no reúnan la condición de titulares vitalicios de la misma. Esta posibilidad ha dado mucho juego dentro del -ámbito jurisprudencial (Bannister v. Bannister, 1948; Binions v. Evans, 1972; Dodsworth v. Dodsworth, 1972; Ivory v. Palmer, -1975).

Al ocuparnos ahora del titular vitalicio usufructuario -hemos de tener presente que su estatuto jurídico se rige por -lo dicho, en el precedente epígrafe 1.3.2.1., en el que dimos

cuenta del régimen jurídico aplicable a sus facultades dispositivas, completado por las normas que seguidamente veremos, que se ocupan de regular sus facultades respecto al aprovechamiento de la pertenencia usufructuada.

4.1. Consideraciones sobre su naturaleza y evolución histórica.

El moderno derecho real vitalicio difiere fundamentalmente de sus formas feudales. En aquellos tiempos, la tierra se adjudicaba no a través de una vinculación, sino en equivalencia de determinados servicios personales, en cuya satisfactoria prestación jugaba un papel decisivo las cualidades que adornaban al adjudicatario. Por consiguiente, la adjudicación era vitalicia (se desconocía si el heredero iba a ser igualmente apto que el titular) e intransmisible, al menos sin compensación monetaria (relief) a modo de laudemio, o premio en metálico, a favor del señor que autorizaba la disposición. A partir del Estatuto "Quia Emptores" de 1290, ambas restricciones fueron desapareciendo y la pertenencia vitalicia alumbró, cuando evolutivamente se consumó la abolición de aquellas restricciones, la figura de la pertenencia plena (fee simple). No obstante, la posibilidad de constituir pertenencias vitalicias subsistió en casos especiales y con otro carácter: las ricas y poderosas Entidades eclesiásticas cedían sus tierras a cambio de una renta anual, en forma similar a los actuales arrendamientos reales, distinguiéndose de éstos por su duración limitada a la vida del arrendatario.

Por el contrario, en la época actual, el usufructo vitalicio de la pertenencia se constituye, según tenemos ya visto, formando parte del entramado de una vinculación estricta o de un fideicomiso para venta con la novedad de que a partir de 1882, fecha en que se promulgó la primera ley de Propiedad Vinculada, las facultades del titular vitalicio usufructuario fue

ron sensiblemente ampliadas, al atribuírsele también las facultades del nuevo titular vitalicio de la pertenencia.

4.2. Constitución y clases.

Las dos modalidades de usufructo vitalicio de la pertenencia eran -y son- la ordinaria (ordinary life estate) limitada a la vida de su titular, y la circunscrita a la vida de un tercero (pur autre vie). En Derecho moderno, ambas modalidades son -de naturaleza equitativa (v. cap. II, 7.1.1.).

Los derechos limitados a la vida de su titular se crean a través de una vinculación estricta o en forma de fideicomiso para venta, en escritura o testamento, o bien son de origen legal, como en el caso del titular del derecho limitadamente heredable inviable (v. apartado 3.1. en esta misma parte y capítulo) o en los derechos sucesorios vitalicios del marido (curtesy) o de la mujer (dower).

El derecho limitado a la vida de otra persona puede constituirse de dos maneras: a) directamente, cuando en una vinculación se otorga tal derecho a A mientras viva X; b) indirectamente, cuando A, titular durante su propia vida, enajena su derecho a X, en cuyo caso éste deviene titular por la vida de A. - Aparte del módulo de duración, ambas modalidades están asimiladas en cuanto a su régimen jurídico. Los derechos y obligaciones del titular vitalicio del usufructo son los mismos en uno y otro caso.

Hay, no obstante, una notable diferencia inherente a los mecanismos que delimitan su existencia. El derecho del titular usufructuario limitado a su propia vida no puede sobrevivirle, mientras que el que se contrae a la vida de un tercero (cestui

que vie) puede ser un derecho supérstite, y como tal heredable, ostentando el heredero la plenitud de facultades atribuidas al causante. Esto sin merma de la facultad de disposición "inter vivos" de su derecho que corresponde al titular usufructuario vitalicio, en todo caso.

En la actualidad, no son precisas fórmulas solemnes específicas (words of limitation) para constituir el usufructo vitalicio de la pertenencia. Basta con que en el instrumento creador, escritura o testamento, consten las palabras que evidencien claramente la intención de constituir el derecho y determinados los elementos personales y reales de éste.

Para evitar fraudes, ocultando la muerte del tercero cuya vida sirva de medida a la duración del derecho, la Ley de "Terceros Vitalicios" (Cestui que Vie Act) de 1707, reconoce a quienes estén interesados en su muerte el derecho de seguir un expediente ante los Tribunales que permita declarar su fallecimiento.

4.3. Estatuto personal del titular vitalicio del usufructo.

Sus derechos y obligaciones, según ya estaban regulados por las normas del Derecho común, pueden sintetizarse diciendo que está facultado para obtener los frutos anuales del predio, pero le está vedado atentar contra nada que sea permanente en el mismo; es decir, que tiene "la obligación de conservar su forma y sustancia", como diríamos en términos de Derecho civil español.

Poco puede añadirse en cuanto a sus facultades. Cualquiera fruto o renta que produzca el inmueble, sean continuos, periódicos u ocasionales, pertenecen al titular vitalicio. El derecho a percibir los frutos pendientes al extinguirse su titularidad

(right to emblements) le asiste cuando tal extinción se produce de forma inesperada (p. ej. por fallecimiento del "tercero vitalicio") habiendo sembrado previamente y alcanza exclusivamente a la percepción de los frutos de una cosecha. El criterio general difiere sensiblemente del establecido en el art. 472 del C.c. que otorga al propietario la titularidad de los frutos pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo, si bien aquél, con el producto de dichos frutos, ha de abonar al usufructuario los gastos ordinarios de cultivo, simientes y otros semejantes.

En cuanto a los inmuebles incorporados o destinados (fixtures) por el usufructuario vitalicio durante la vigencia de su titularidad, es un tema ya estudiado en el apartado 5., letra D), del capítulo I.

El campo negativo, o zona vedada, de su estatuto jurídico está dominado por la doctrina de la "transformación" (doctrine of waste) originaria del Derecho común y ampliada por la Equidad y por leyes posteriores. Técnicamente, transformación consiste en todo acto que altere la naturaleza o destino del inmueble, mejorándolo o empeorándolo. Cuatro tipos de transformaciones deben ser consideradas:

a) Actos de mejoramiento (ameliorating waste). Son aquellos que mejoran el inmueble, como la transformación de tierras de labor en una granja. A partir de la decisión adoptada en la causa "Doherty v. Allman", en 1878, son muy escasas las posibilidades de que el Tribunal competente acuerde un interdicto personal (injunction) para evitar transformaciones de esta naturaleza, ni compensaciones económicas "a posteriori" por razón de ellas.

b) Daños por omisión (permissive waste). Consisten en la no ejecución de lo que objetivamente es necesario para la sub-

sistencia del inmueble, como la no reparación de edificios en - evidente mal estado de conservación. Ahora bien, el no cultivo no constituye "daño por omisión". En general, el usufructuario de la pertenencia no es responsable por esta clase de daños, a menos que en el título constitutivo de su derecho se le haya im puesto expresamente la obligación de reparar.

c) Daños dolosos (voluntary waste). Existen cuando se come ten actos positivos de destrucción o deterioro del fundo. Accio nes como la apertura y explotación de una mina (Dashwood v. - Magniac, 1891), tala de bosques maderables (Honywood v. Honywood, 1874), derribo de edificios, etc. están comprendidas en esta mo dalidad de transformación inmobiliaria. El titular del derecho real vitalicio es responsable por los daños dolosos que infiera al inmueble, a menos que el título constitutivo de su derecho - le exima expresamente de ella (without impeachment of waste). - En la práctica es usual la cláusula exonerándole de responsabi- lidad.

d) Daños culposos o negligentes (equitable waste). Son - aquellos en los que un hombre prudente -o un buen padre de fami lia como diríamos nosotros- no incurriría al administrar y ex - plotar sus propios bienes, según así lo declaró la jurispruden- cia en la causa "Turner v. Wright", en 1860. Actos como el des- mantelamiento de un edificio, pueden constituir un ejemplo de - este tipo de daños; en general, se incluyen entre ellos las - transformaciones "desconsideradamente perjudiciales" (wanton - destruction) de cualquier tipo de inmueble. El usufructuario de la pertenencia es responsable por actos de esta naturaleza, a - menos que del título constitutivo se pueda deducir lo contrario.

Los dos tipos de explotaciones económicas que, con base en bienes raíces, han suscitado mayores conflictos en este punto - del estatuto jurídico del titular vitalicio, son las mineras y

las maderables. Las normas generales en la materia son las que acabamos de resumir y sistematizar. Su desarrollo y aplicación práctica, se ha llevado a cabo a través de un sólido y bien en tramado conjunto de resoluciones jurisprudenciales, en cuyo análisis, necesariamente complejo, no podemos adentrarnos.

Anotemos, como conclusión de este apartado, que cuando el titular vitalicio incurre en actos dañosos perseguibles, el titular expectante instituido (remainderman) o el constituyente o sus herederos (reversioner) tienen acción para recuperar las cosas arrancadas, o el dinero percibido por su renta, o para - solicitar indemnización de daños y perjuicios o acudir a un interdicto personal, para paralizar los actos dañosos.

5. DERECHOS FUTUROS (future interests).

- o - o - o -

* La complicada estructura del Derecho inmobiliario inglés alcanza su punto culminante con la teoría de los derechos futuros y, en particular, con la sólida construcción jurisprudencial, que el legislador ha completado recientemente, de sus normas desamortizadoras. Con ellas se pretende evitar que el principal derecho futuro, la pertencia legal renacida al extinguirse la vinculación, se convierta en un futurible perenne.

El estudio de los derechos futuros ofrece, al observador foráneo, un panorama, histórico y actual, en el que hay sobrados motivos para la admiración, sin que le sea fácil decidir a cual de sus dos vertientes otorgar sus preferencias. Ambas constituyen una acabada muestra de barroquismo jurídico al servicio de un heterogéneo conglomerado de intereses, a todos los cuales se pretende -y se consigue- dar armónica satisfacción. Su perfil histórico -del que hemos prescindido en el texto, a fin de aligerar la ya de por sí densa exposición del tema- se caracteriza por la victoriosa alianza entre la tenacidad de la clase terrateniente y el ingenio de los juristas, lo que permitió a los derechos futuros nacer contra corriente (al márgen del Derecho común) y sobrevivir contra viento y marea (el escollo, de secular presencia, del Estatuto de la Cesión Fiduciaria de 1535). La nota dominante del régimen presente, en el que tienen acogida los más afortunados -- hallazgos y construcciones del tiempo pretérito, es la lógica rigurosa de sus planteamientos y soluciones y el carácter progresivo que les ha imprimido la Ley de 1964.

En su propia nomenclatura se recoge el núcleo central de su concepto: llamamiento, en el porvenir, a la titularidad plena de un derecho real inmobiliario, dependiendo su transformación en derecho presente de determinado acontecimiento, por lo común el fallecimiento de una persona.

Pero no basta con tener una noción del derecho futuro. Hay que precisar su concepto y para ello se necesita aislarlo, delimitando previamente lo que queda fuera de su ámbito, lo que no es derecho futuro, sino derecho presente. Estos son los conferidos y poseídos, o que se tiene derecho a poseer de inmediato. Cuando un derecho está meramente conferido o adquirido, pero su titular carece de facultad posesoria del bien que constituye su objeto, o sí, además de esto último, ni siquiera está adquirido en firme, - siendo meramente eventual o contingente su titularidad, - quedando pendiente de determinado suceso de producción incierta, nos hallamos antes las dos posibles modalidades de derechos futuros de acuerdo con su diferente grado de madurez. En suma, se hace preciso distinguir, como lo hace PUIG BRUTAU (Estudios de Derecho Comparado, pág. 73. Barcelona, 1951) entre el derecho futuro ya adquirido o, como dicen los ingleses, "vested right", del derecho eventual - (contingent), esto es, el derecho pendiente de condición y, por ello, reducido a una mera expectativa.

No es ésta la única dimensión en que el derecho futuro puede ser explorado. Para profundizar en su concepto, - interesa también situarlo dentro de las coordenadas subjetivas que forman las personas llamadas a protagonizar su titularidad plena en el porvenir. Pero antes se precisa - que nos familiaricemos con un nuevo concepto, el de las - pertenencias o derechos "particulares", que son aquellas -

cuyo contenido es menor que el de la pertenencia plena (fee simple). Ejemplos de aquellos lo constituyen los derechos - limitadamente heredables, los vitalicios (derechos reales - equitativos) y los arrendamientos reales o pertenencias menos plenas (la segunda y última modalidad de pertenencia legal). Su creación entraña la subsistencia de un resto o residuo de la pertenencia plena, que permanece en manos del - constituyente o de sus herederos y que se denomina derecho futuro remanente (reversion). Este es, en definitiva, el derecho del concedente o de sus herederos a reincorporar plenamente a su patrimonio la cosa sobre la que constituyó una pertenencia particular. El derecho futuro remanente extiende sus tentáculos fuera del ámbito del Derecho inmobiliario familiar, alcanzando también al Derecho inmobiliario comercial ya que existe a favor de quienes esculpen, sobre la - pertenencia plena, la menos plena o arrendamiento real. Ahora bien, si la creación del derecho particular va unida a la transmisión de las facultades residuales a terceras personas, el derecho que éstos adquieren no es remanente sino expectante. El derecho remanente es siempre adquirido o conferido y no puede tener más que un solo titular (singular o plural) a diferencia del expectante, al que es dado adoptar la forma de derecho conferido o adquirido y la de eventual o condicional; además, puede atribuirse a una pluralidad sucesiva de titulares.

Es válida, por ello, en líneas generales, la afirmación de PUIG BRUTAU (Estudios ...; pág. 43) cuando dice que el titular del derecho futuro remanente o "reversioner" a quien más se parece es a nuestro nudo propietario y el del derecho futuro expectante o "remainderman", a nuestros fideicomisarios o reservatarios. La utilidad de esta cita está más en su capacidad de síntesis que en su exactitud.

La idea-fuerza del sistema de derechos futuros vinculatorios, tal como quedó configurado en 1925, es la de libertad absoluta de creación y régimen jurídico de los mismos, con estas tres excepciones: constitución obligada a través de vinculación estricta o fideicomiso para venta, naturaleza forzosamente equitativa de los derechos así creados y obligado respeto a las normas desamortizadoras.

Las normas desamortizadoras, al igual que las virtudes cardinales, son cuatro, si bien la primera de ellas, o antigua regla contra perpetuidades, tiene un interés exclusivamente histórico, ya que la moderna de igual nombre, técnicamente más perfecta, cubre la función que aquélla vino desempeñando hasta que esta última fué elaborada. Haremos, de inmediato, una primera toma de contacto con tan interesante arsenal de medidas jurídicas, al servicio de una prudente concepción de los derechos futuros, que trata de impedir el desbordamiento que se produciría si en su seno se diera acogida a finalidades espúreas, ajenas a la función que la sociedad les tiene asignada. Las dos reglas contra perpetuidades rigen sólo para los derechos futuros eventuales o contingentes, mientras que las reglas contra la inalienabilidad y contra las acumulaciones son de aplicación universal a todos los derechos futuros vinculatorios.

De acuerdo con la regla definitivamente fijada en la causa "Whitby v. Mitchell" (1890), si un derecho inmobiliario se constituye en favor de persona no nacida al tiempo de la constitución, cualquier derecho expectante en favor de sus descendientes es nulo, así como también cualquier asignación subsiguiente de la pertenencia plena.

La moderna, la genuina regla contra perpetuidades, fruto de una laboriosa y dilatada creación de los Tribunales, que con paciencia y minuciosidad verdaderamente artesanales ha ido puliéndola y mejorándola a lo largo de casi tres siglos, ha desplazado a la anterior regla sobre la misma materia. Su formulación se contiene en estos dos enunciados:

1. La vinculación de cualquier derecho sobre toda clase de propiedad, sea ésta personal o real, es nula si su adjudicación puede tener lugar después que el periodo de perpetuidad haya expirado.

2. Este periodo consiste en una o varias vidas existentes al constituirse la limitación de la pertenencia legal, complementado con un periodo de 21 años, computados a par - tir de la extinción de la última de ellas, y existiendo una vida en gestación en el momento de la constitución, el pe - riodo de tal vida puede ser añadido al periodo general.

La aparente sencillez de su formulación no pasa de ser un espejismo para engaño de juristas incautos que se aven - gan a estudiarla superficialmente. Esta falsa simplicidad - es un fenómeno no infrecuente en Derecho, que "mutatis mu - tandis", es repetición de lo que ocurre con el art. 811 de nuestro Código civil. Con su simple lectura no es fácil co - legir la laboriosísima interpretación -jurisprudencial y - doctrinal- que ha sido precisa para hacer viable y lógico - su desarrollo práctico. De igual modo, el manejo de la re - gla contra perpetuidades ha provocado una riquísima proble - mática jurídica, en cuya elaboración de soluciones brilló - la jurisprudencia inglesa a un altísimo nivel, rara vez - igualado en sus restantes construcciones de carácter inmobi

liario. De su estudio detallado, aunque, lógicamente, no exhaustivo, nos ocuparemos en el texto de este apartado. Sería, por tanto, esfuerzo baladí anticipar ahora su contenido e inútil todo intento de resumirlo.

La regla contra la inalienabilidad tiene una formulación no sólo aparente, sino realmente sencilla: la propiedad no puede adquirir la condición de inalienable. Dudas, sin embargo, puede suscitar su aplicación cuando no está claro si determinada cláusula o estipulación obstaculiza, realmente, la disponibilidad de la propiedad a la que concierne. De ciertos supuestos teñidos de ambigüedad, así como de algunas excepciones a la regla, como la cesión de derechos con fines piadosos y de beneficencia, nos ocuparemos a lo largo del texto subsiguiente a este comentario.

Cierra el grupo de las normas desamortizadoras la regla contra acumulaciones, de neto origen legal, cuya necesidad se sintió a raíz del fallo pronunciado en la causa "Thellusson v. Woodford" (1798), en la que quedó al descubierto que la regla contra perpetuidades, unida a la acumulación del producto de los bienes vinculados durante el periodo de la misma, puede conducir a resultados económicos realmente desmesurados, socialmente no deseables. Por ello, en su versión definitiva (1964), dispone que los productos de los bienes vinculados no pueden acumularse, a favor de determinados beneficiarios, durante más de 21 años contados desde el otorgamiento de la disposición, o por plazo superior al de la minoría o minorías de edad de cualquier persona o personas vivas en dicho momento. La renta correspondiente a la parte del periodo durante el cual la acumulación es nula, pasa a las personas que

tendrían derecho a percibirla si la acumulación excesiva - no se hubiere dispuesto. La acumulación puede ser extinguida, anticipadamente, por el beneficiario de la misma que - sea mayor de edad.

La presencia, en nuestras leyes civiles, de diversas instituciones jurídicas de claro significado vinculatorio (v. comentario al precedente apartado 1.) lleva aparejada, necesariamente, la existencia de derechos futuros cuyos tiulares son los destinatarios intermedios y provisionales, o últimos y definitivos del beneficio económico que la vinculación representa. Aunque la nomenclatura de que se sirve el Derecho inglés en torno a los derechos futuros carece de un haz de voces equivalentes en nuestro sistema jurídico, lógica consecuencia de que tampoco existe, entre nosotros, una teoría homogénea de los derechos futuros, lo cierto es que, como ocurre tan a menudo, las grandes divergencias técnico-jurídicas no hacen sino enmascarar la existencia de problemas y soluciones que nos sorprenden por su proximidad.

Los reservatarios, en cuanto titulares de derechos nacidos de alguna de las varias modalidades de reservas admitidas en nuestra legislación civil, son sujetos que, dentro de la concepción inglesa de los derechos futuros gozarían, sin desnaturalizarla, de favorable acogida. Se trata de derechos condicionales eventuales o contingentes dirían los juristas ingleses- que dependen de la premoriencia del reservista para su plena consolidación en favor del reservatario y sus herederos. En este y en otros aspectos, la - reserva en favor del ausente se muestra como una institu-
ción diferenciada. El derecho del reservatario, en este especial supuesto, no es condicional, sino conferido o adquirido -aunque no poseído, lo que le convierte en futuro- ya

que mientras dure la ausencia, al ausente podrá disponer, de acuerdo con el nuevo art. 188, no del derecho expectante o eventual del reservatario, sino del propio derecho hereditario (SERRANO, "La reserva de los arts. 191 y 192 del Código Civil". Revista de Derecho Privado, 1943, págs. 39 y sgs.)

De otra parte, su derecho futuro es remanente y no expectante, por contraste con el de los clásicos reservatarios. Al abrirse la herencia, el derecho hereditario ingresa en el patrimonio del ausente, aunque provisionalmente, y ante la perspectiva de que pueda declararse su fallecimiento, pasa, "ope legis" a quien corresponda por derecho de representación o de acrecer. Pero primero ingresa en el haber patrimonial del ausente y en él permanece (cualidad de remanente) hasta que aquél reaparece -en cuyo caso se convierte en derecho adquirido y poseído- o se declara el fallecimiento, consolidándose la adquisición provisional en favor del heredero o coheredero del declarado fallecido, con las limitaciones contenidas en los arts. 196 y 197 del C.c.

Las titularidades jurídicas futuras amparadas por el derecho de reversión o recobro de los arts. 812 del C.c. y 129 a 131 de la Compilación aragonesa, son derechos eventuales, ya que su consolidación depende de determinadas condiciones (fallecimiento sin posteridad del heredero o donatario, o esto mismo y además sin haber dispuesto del derecho). Pero no son expectantes sino remanentes, pues to que se trata de derechos que ya integraron el patrimonio al que, eventualmente, pueden volver y en el que permanecen como un residuo eventualmente revitalizable.

El derecho de los parientes tronqueros es sólo eventual y genéricamente remanente -es decir, si se entiende referido al grupo familiar que forman tales parientes- aunque desde el punto de vista individual, lo normal es - que sea expectante, puesto que puede ir al patrimonio personal de quien nunca disfrutó ni pudo disponer de los bienes afectos a sucesión troncal.

Tras lo dicho en los dos párrafos anteriores, nos parece válida la afirmación de que, si bien en Derecho inglés todos los derechos remanentes son conferidos o adquiridos, en Derecho español hay derechos que, a pesar de su remanencia, son meramente eventuales o contingentes.

Ninguna de las tres instituciones jurídicas comentadas, a cuyo amparo nacen derechos futuros en nuestro Ordenamiento civil, plantean problemas en cuanto a una duración excesiva de tales derechos. El módulo de máxima duración de la incertidumbre es siempre la vida de una persona; al extinguirse ésta, el derecho futuro o bien se consolida mediante su transformación en derecho presente o - se extingue, sin dejar rastro.

Es en el ámbito de nuestras sustituciones fideicomisarias donde la teoría de los derechos futuros tiene entidad propia, que permite emparejarla, en mayor medida, con su homónima inglesa.

Entre las condiciones y límites de validez de los derechos (futuros) de los fideicomisarios se encuentran las que ponen límite temporal a su existencia. Son, según nuestro Código civil, las siguientes:

1ª. La sustitución no puede pasar del segundo grado - (entiéndase éste como generación o como llamamiento, de - acuerdo con las dos interpretaciones contrapuestas maneja- das por nuestra doctrina y jurisprudencia) o ha de hacerse en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (art. 781). Este precepto es el equivalente - aproximado de las reglas contra perpetuidades del Derec h o inglés. La segunda de sus alternativas es de contenido - igual al de la antigua regla contra perpetuidades, mientras que la primera de ellas constituye un marco temporal poten- cialmente más amplio que el de la moderna regla contra per- petuidades.

2ª. No surtirán efecto las disposiciones que conten- gan prohibición perpétua de enajenar, y aún la temporal, - fuera del límite señalado en el art. 781 (art. 785, 2ª). - Como las meras prohibiciones de enajenar envuelven una sus- titución a favor de los herederos legítimos, el Código les aplica el mismo límite establecido para las sustituciones fideicomisarias con llamamientos determinados. Y esta doc- trina, según ha reconocido la Dirección de los Registros - en su Resolución de 25.6.1904, debe entenderse extensiva a toda prohibición de enajenar, aunque esté contenida en con- trato entre vivos, no sólo porque donde hay la misma razón ha de aplicarse la misma decisión, sino también porque, de lo contrario, se eludiría fácilmente el propósito del le- gislador de impedir la amortización de la propiedad inmue- ble (v. CASTAN TOBEÑAS, CASTAN VAZQUEZ, BATISTA y VALLET, op. cit.; 6, 2ª; pág. 238). Por este camino, álzase en - nuestro Ordenamiento jurídico una firme barrera a todo in- tento de imponer a los bienes la condición de inalienables. El emparejamiento entre ambos sistemas jurídicos es pleno en este aspecto.

3ª. Tampoco son válidas las disposiciones que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas, sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión (art. 785, 3ª) ni las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador (art. 785, 4ª) criterio que, como sabemos (v. comentario al apartado 1 - precedente) no comparten nuestras leyes forales.

4ª. Es, sin embargo, válida la disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia y a otra el usufructo; pero si llamase al usufructo a varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará a la limitación del art. 781, o sea la del segundo grado (art. 787).

Cúidanse las Compilaciones forales de Cataluña y Baleares de distinguir, a los efectos de su validez, entre fideicomisos familiares y no familiares. Respecto de los primeros son válidos los llamamientos sucesivos, sin limitación de número, de fideicomisarios a favor de personas que no pasen de la segunda generación. En las sustituciones fideicomisarias no familiares sólo tendrán eficacia dos llamamientos, pero tratándose de personas vivas al tiempo de fallecer el testador, no hay límite legal al número de llamamientos que éste pueda realizar. No coinciden completamente con estas las soluciones legales arbitradas por la Compilación de Navarra. Comparte con las demás legislaciones españolas comentadas, el criterio de la no limitación de número en los llamamientos de fideicomisarios a favor de personas que vivan (o al menos estén concebidas; ligera innovación de sabor anglosajón) al tiempo

en que el primer fiduciario adquiriera los bienes. En cuanto a las sustituciones a favor de personas que no existan en ese momento, el legislador navarro se limita a decir, con carácter general, que no podrán exceder del cuarto llamamiento; en lo que excedan de ese límite se entenderán por no hechas.

Los derechos futuros atribuidos a los fideicomisarios son, en principio, más sólidos que los de los reservatarios. Estos son meramente eventuales o condicionales, mientras que aquéllos son conferidos, ya que por expresa declaración legal, nacen desde la muerte del testador y se transmiten a los herederos del fideicomisario, aunque éste muera antes que el fiduciario. Claro es que ésto se refiere al caso de que la sustitución no se haya hecho bajo condición, pues en tal supuesto su respectiva solidez queda equiparada. Si manejamos la otra de las categorías de derechos futuros configuradas por los juristas ingleses, el derecho de los fideicomisarios es siempre expectante, puesto que antes de su nacimiento aparece completamente desligado de su patrimonio.

Desplazando nuestra atención del terreno legislativo al doctrinal, se advierte la presencia de una interesante controversia surgida entre dos autores españoles al comienzo de la década de los cincuenta, sobre la posibilidad de crear, dentro de las coordenadas en que se desenvuelve nuestro Ordenamiento jurídico, fundaciones exclusivamente familiares, constituidas para atender intereses de índole meramente particular, incluso los familiares de ámbito restringido, y no al servicio de intereses colectivos. Plátese con ello, por cauce jurídico distinto de los hasta ahora examinados, cual es el de la fundación en cuanto persona jurídica, el tema de la válida creación y duración de derechos futuros cuyo contenido puede ser inmobiliario.

CARDENAS HERNANDEZ ("Las fundaciones familiares en el Derecho Privado". Revista de Derecho Privado, 1952) aboga por su posible existencia, a pesar de la reiteración legal en cuanto a la nota de interés público en las fundaciones, ya que no puede menos de pensarse que si correlativamente a las Asociaciones se admite la personalidad de las sociedades civiles y mercantiles, parece que junto a las fundaciones de interés público deberían aceptarse las de interés particular.

Una fundación familiar puede orientarse a constituir un fondo de previsión y ahorro destinado a hacer frente a una coyuntura económica difícil o a ser repartido periódicamente entre los mas necesitados del grupo, evitando, al mismo tiempo, que todos los bienes familiares sean malgastados. Es la misma finalidad de las prohibiciones de enajenar, del desdoblamiento sucesorio de la propiedad y del usufructo y de las sustituciones fideicomisarias. Con las fundaciones familiares no se pretende, al decir de su patrocinador, eludir los límites que el Código civil establece al prohibir las sustituciones fideicomisarias que excedan del segundo grado, la obligación de pagar cierta renta o pensión y el desdoblamiento de propiedad y usufructo fuera del indicado límite.

En cuanto a la dotación de una fundación familiar, que puede hacerse en testamento o por acto "inter vivos", hemos de tener presente que se trata de bienes que quedan fuera del tráfico jurídico y, por lo tanto, rige aquí la prohibición de amortizar la propiedad inmueble y de que las fundaciones en general puedan poseer mas bienes que los necesarios a los fines de su instituto. En consecuen-

cia, habrán de ser vendidos aquellos y convertidos en valores mobiliarios una vez agotado el plazo de dos generaciones, que se admite como válido en la esfera sucesoria.

No obstante estos prudentes condicionamientos y limitaciones en el enfoque del tema, el profesor DE CASTRO - ("Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares". Anuario de Derecho civil, 1953) al dar contestación a la tesis patrocinada por CARDENAS, rechaza de plano la mera posibilidad de constituir fundaciones familiares en Derecho español. Parte, para ello, del estudio de la legislación anterior al Código civil, recordando que el movimiento liberal hizo triunfar en España las ideas desvinculadoras y desamortizadoras, a través de leyes sucesivas, entre las que sobresalen, por su importancia, las de 27.9.1820 y 19.8.1841. Este conjunto de leyes significó el fin de todas las fundaciones perpétuas de verdadero carácter familiar, sea cualquiera la clase de bienes afectados y la figura jurídica elegida.

Siendo esta la situación legal antes de publicarse el Código civil, para que sean válidas las fundaciones exclusivamente familiares no bastará con afirmar que el Código no las ha regulado, sino que será preciso probar que ha cambiado la regulación de las vinculaciones. Pero, en realidad, el sistema general del Código repudia la vinculación de bienes de modo perpétuo o indefinido en favor de los parientes o de la familia del fundador. Una sola excepción se hace, y es en favor de las fundaciones benéficas fundadas y dirigidas por particulares, más es porque en ellas se atiende a los "intereses colectivos", a los intereses públicos. Por ello, con exactitud, a la que no se ha hecho

./.

la debida justicia, el Código civil solo admite como personas jurídicas las fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Lo cierto es que la realidad jurídica española se mantiene al margen de las prácticas fundacionales propuestas por CARDENAS. ★

- o - o - o -

El sistema de normas que rigen los derechos futuros fué - enormemente simplificado por aplicación del conjunto legislativo producido en 1925 y no en virtud de normas especiales dictadas para la regulación de los derechos futuros. En consecuencia, tiene menos justificación, sin haberla perdido del todo, la - frase de Blackstone: "la doctrina de las pertenencias en expectativa (estates in expectancy) o derechos futuros abarca algunos de los temas a la vez más atractivos y abstrusos del Derecho inglés".

Iniciaremos, pues, el estudio de esta materia exponiendo los conceptos básicos en torno a ella, como punto de partida - para el estudio de la normativa actual.

5.1. Conceptos básicos: derecho futuro y sus clases.

Derecho inmobiliario futuro es aquél en cuya virtud se está llamado a una titularidad jurídica plena en el porvenir, comúnmente después de que determinada persona fallezca. De acuerdo con el objeto de nuestro estudio tal titularidad es real e inmobiliaria.

Un derecho futuro puede ser meramente conferido (vested) o eventual (contingent). Dentro de la categoría de los derechos conferidos se hace preciso distinguir entre los conferidos y poseídos (vested in possession) -que no son futuros sino presentes- y los meramente conferidos (vested in interest) que, en cuanto auténticos derechos futuros, son una categoría contraponible a la de los eventuales.

El derecho es poseído y conferido cuando su titular goza, en la actualidad, de la posesión y aprovechamiento del inmueble y está únicamente conferido cuando la facultad que otorga

es la de tomar posesión tan pronto como la misma quede vacante. Así, supuesta una vinculación en favor de A, durante su vida y después de su muerte vitaliciamente en favor de B, tenemos sen dos ejemplos de derecho conferido y poseído (el de A) o simple mente conferido (el de B). El primero de ellos es pleno en su realidad presente, sin que dependa de ningún acontecimiento fu turo la integridad de sus efectos jurídicos. En cuanto al se gundo lo que queda reservado al porvenir no es la existencia - del derecho -creado ya en el momento presente- sino la pleni - tud de sus facultades de posesión y aprovechamiento. Su exis - tencia actual es innegable desde el momento en que el titular está facultado, de inmediato, para disponer "inter vivos" de - su derecho.

Se dice que un derecho futuro está conferido si se cumplen estos dos requisitos: determinación de la persona o personas - titulares del mismo y posibilidad de que surta efectos tan - pronto como se extingan las pertenencias y derechos preceden - tes. Si el titular no es determinado, sino que es meramente de terminalble o, aún siendo determinado, los efectos del derecho quedan en suspenso hasta la producción de cierto evento impues to como condición, nos hallamos ante un derecho futuro even -- tual.

El derecho inmobiliario futuro es, en suma, eventual si - la efectividad de las facultades de su titular depende de de - terminado evento venidero e incierto, es decir, de una condi - ción, según nuestro léxico jurídico. Tal es el caso de la vin - culación dominical establecida en favor de A vitaliciamente y, seguidamente, de B, cuando alcance la edad de 21 años.

./.

De conformidad con unos conceptos y una terminología no utilizada hasta ahora, se llaman pertenencias o derechos "particulares" (a particular estate) aquellas cuyo contenido es menor que el de la pertenencia plena (fee simple). Ejemplos de ellas lo constituyen los derechos limitadamente heredables, los vitalicios y los arrendamientos reales. Son una parte (una partícula) de la pertenencia simple y su creación entraña la subsistencia de un resto o residuo de la misma que permanece en manos del constituyente y que se denomina derecho remanente (reversion). Ahora bien, si la creación del derecho particular va unida a la transmisión de las facultades residuales a terceras personas, el derecho que éstos adquieren no es remanente sino expectante (remainder). Si el derecho es remanente, el inmueble, con la plenitud de facultades que integran la pertenencia plena, revertirá al constituyente o a sus herederos pero si es expectante pasará a los nuevos titulares que con este carácter se hubieran designado. Lógica secuela de lo dicho es que si bien puede haber titulares expectantes sucesivos sólo puede haber titulares remanentes únicos o único.

De conformidad con su peculiar naturaleza, los derechos remanentes son también derechos conferidos; el constituyente o sus herederos pueden, tan pronto como el derecho particular se extingue, recuperar la pertenencia plena con la integridad de su contenido. Por su parte, los derechos expectantes pueden ser también conferidos, pero, en la práctica, lo normal es que sean meramente eventuales.

Con posterioridad a 1925, un derecho remanente o expectante producido por la constitución de un derecho limitadamente heredable (entail interest) o un derecho vitalicio (life interest) es necesariamente equitativo. No obstante, un derecho remanente o expectante, en cuanto resto de un arrendamiento real,

es una pertenencia legal; y lo mismo puede decirse del derecho del subarrendador cuando lo cede constituyendo un subarrendamiento real.

5.2. La legislación de 1925: líneas maestras.

La gran operación de reforma del Derecho inmobiliario inglés, que culminó en 1925, supuso la sustitución de la normativa precedente en materia de derechos futuros por un nuevo régimen jurídico racionalizador del precedente e inspirado en estos tres principios básicos:

1º En todo caso, los derechos futuros, con la única excepción de los nacidos de arrendamientos y subarrendamientos reales, únicamente pueden constituirse en el marco de una vinculación, sea estricta (strict settlement) o fideicomiso para venta (trust for sale). Ello equivale, como sabemos (v. 1 anterior) a la adopción de un régimen de plena disponibilidad del predio gravado con el derecho futuro pasando éste, en su caso, de pesar sobre la tierra a recaer sobre el dinero satisfecho por razón de su venta, en virtud del mecanismo de subrogación real ya conocido.

2º Dentro del obligado respeto al marco institucional en que pueden ser constituidos, la libertad de creación y configuración de derechos futuros se garantiza ampliamente, siempre que se actúe dentro del "terreno de juego" acotado por las normas desamortizadoras de la propiedad inmobiliaria, que enseguida analizaremos.

3º Todos los derechos reales futuros nacidos de una vinculación, tanto expectantes como remanentes, tienen carácter necesariamente equitativo, como consecuencia de que las únicas per

tenencias legales, a partir de la reforma, son la plena y absoluta en posesión y la menos plena o arrendamiento real. De otra parte, en la reducida lista de derechos reales legales (v. 7, - cap. II) no están incluidos los futuros.

En cuanto al nacimiento de derechos futuros por obra de la constitución de arrendamientos reales, ha de estarse a lo prevenido en el último párrafo del subapartado anterior y al amplio estudio de las pertenencias menos plenas que tendrá lugar más adelante (v. 1, parte III, cap. III).

5.3..Normas desamortizadoras (rules against remoteness).

Una coherente política jurídica, de origen muy remoto, tratando de armonizar los intereses privados, de carácter familiar principalmente, con los sociales, ha procurado evitar que los inmuebles se mantuvieran siempre amortizados, es decir, que su situación al margen del tráfico jurídico se prolongase indefinidamente. En consecuencia, los derechos futuros han sido objeto de normas o reglas limitando el ámbito temporal durante el cual el constituyente de los mismos (the settlor) puede controlar con su voluntad el curso y la situación de la propiedad inmobiliaria. Así, el constituyente no puede declarar inalienable a perpetuidad la propiedad inmueble, ni puede vincularla de tal modo que la pertenencia absoluta sea conferida a alguien después de que transcurra un desmesurado número de años. Las reglas en que han plasmado estos conceptos generales son las siguientes:

a) la regla emanada del proceso "Whitby v. Mitchell" (1890), también llamada la antigua regla contra perpetuidades (rule against perpetuities);

b) la moderna regla contra perpetuidades, así llamada para distinguirla de la anterior;

c) la regla contra la inalienabilidad o fideicomisos perpétuos (the rule against inalienability or perpetual trusts);

d) la regla contra acumulaciones (the rule against accumulations).

Conviene puntualizar, antes de entrar en su análisis, que las reglas enunciadas al amparo de las letras a) y b) son, por su propia índole, de aplicación exclusiva a los derechos futuros eventuales o contingentes (contingent) pero no a los conferidos o adquiridos (vested). Estos, han de constituirse, ineludiblemente, en favor de personas vivas al tiempo en que el constituyente otorgue el acto dispositivo que los engendra, lo que no ocurre con los primeros, mucho más ágiles y flexibles y, por ello, más necesitados de control para evitar que su eficacia - quede relegada a épocas demasiado remotas.

Mas amplio ámbito de aplicación está atribuido a las otras dos normas desamortizadoras -letras c) y d)- que rigen respecto a toda clase de derechos futuros -tanto si son conferidos como eventuales- nacidos de vinculación estricta o fideicomiso para venta.

5.3.1. La regla fijada en la causa "Whitby v. Mitchell".

No obstante ser conocida con el nombre del pleito fallado en 1890, en el cual fué minuciosamente elaborada, parece ser de considerable antigüedad, pero de fecha incierta. En su más simple enunciación es como sigue:

Si un derecho inmobiliario se constituye en favor de persona no nacida al tiempo de su constitución, cualquier derecho expectante en favor de sus descendientes es nulo, así como también cualquier asignación subsiguiente de la pertenencia plena.

Por ello, si la limitación dominical se establecía "en favor de A vitaliciamente, con derecho expectante vitalicio en favor de su hija y, nuevamente, con derecho expectante vitalicio en favor de los hijos de ésta" (supuesto que A no tuviera hija al constituirse el derecho) los derechos vitalicios de A y de su hija eran válidos, lo que no ocurría con los derechos expectantes de los hijos de la hija. Además, si para después de extinguidos los derechos expectantes de tales hijos, se concedía la pertenencia plena a B, tal institución también era nula.

Esta regla cerraba el paso a la ingenua actitud de determinados constituyentes que deseaban conservar los predios en sus familias por tiempo indefinido.

Modernamente esta regla se convirtió, en el mejor de los casos, en un inútil vestigio. La moderna regla contra perpetuidades constituye una guardia uniforme y satisfactoria contra cualquier desafuero amortizador inmobiliario que supera al viejo sistema de cautelas. Actuando en concordancia con esta realidad, la regla fué abolida para todos los instrumentos que hubiesen de surtir efectos después de 1925, incluidas las determinaciones o designaciones (appointements) efectuadas con posterioridad a dicha fecha a pesar de que la potestad de que emanasen fuese anterior a ella.

5.3.2. La regla contra perpetuidades (the rule against perpe-tuities).

5.3.2.1. Consideraciones históricas.

Lo que en definitiva evidenció la necesidad de una nueva regla contra perpetuidades fué el reconocimiento, a comienzos del siglo XVII, de que algunas modalidades de derechos futuros

eran prácticamente indestructibles. A resultas de ésto, las fincas quedaban amortizadas casi a perpetuidad, mediante la hábil manipulación de los derechos futuros que podían transferirse - (shifting uses). Si, por ejemplo, en una institución hereditaria se disponía "en favor de A y sus herederos, pero si éstos - faltasen en algún momento, entonces en favor de B y sus herederos" los sucesivos titulares del inmueble sujetos a la primera limitación, estaban siempre amenazados de perder su derecho como consecuencia del acaecimiento del evento que, sin embargo, podía no ocurrir durante generaciones.

Ante esta situación, los Tribunales, sin ayuda legislativa alguna, emprendieron, con fortuna, la tarea de formular alguna norma que permitiese reducir la vigencia de esta especie de derechos futuros a límites razonables. El criterio que les sirvió de guía fué el de restringir el alejamiento de la fecha en la cual tales derechos podían ser conferidos o adjudicados.

La norma que definitivamente quedó consagrada por la jurisprudencia se formuló mediante etapas sucesivas. Ya en 1662, en la causa "Goring v. Bickerstaffe", y en 1679 en el proceso "Taylor d. Smith v. Biddall", aparecen esbozadas las líneas maes -- tras de la regla tal como quedaría definitivamente articulada -- años más tarde. El caso del Duque de Norfolk, en 1685, aclaró, fuera de toda duda, que un derecho futuro transferible que hubiera de surtir efecto por completo durante la vida de una persona existente y cuya vida sirviera de módulo para determinar la duración de la vinculación (en adelante les llamaremos "vivi- vientes"), era válido. En 1797, con ocasión del pleito Long v. Blackall se dispuso que a un concebido pero no nacido (conceived but not born), es decir, el "nasciturus" según nuestra clásica expresión, se le debía considerar como nacido a efectos de su equiparación a los "viviientes". En 1805 quedó definitivamente -

aclarado que los "vivos", a los efectos de la regla, podían ser elegidos al azar, sin conexión alguna con la propiedad vinculada (causa Thellusson v. Woodford). Finalmente, la regla quedó completada en lo esencial por la decisión adoptada en el proceso Cadell v. Palmer en 1833, en el sentido de que el plazo de los 21 años (que es uno de los elementos de la regla, como enseguida veremos) era de carácter abstracto sin que necesariamente hubiera de referirse o coincidir con los años de minoría de edad de determinada persona, pudiendo ser ampliado por un periodo adicional de gestación si ésta efectivamente existía.

Aunque la norma, como ya dijimos antes, fué creación original y exclusiva de los Tribunales, experimentó algunas modificaciones de escasa importancia en virtud de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, seguidas de otras de mayor trascendencia, en aplicación de la Ley de Perpetuidades y Acumulaciones (Perpetuities and Accumulations Act) de 1964, norma que sólo es de aplicación a instrumentos cuyos efectos deban comenzar después de su entrada en vigor.

5.3.2.2. Contenido.

Hemos de insistir en que la finalidad de la regla es evitar que la adjudicación de un derecho futuro quede en suspenso durante un periodo de tiempo excesivo, lo cual ocurre sólo cuando el derecho futuro es expectante y eventual y, a partir de 1925, de naturaleza necesariamente equitativa.

- Ambito y enunciado.

La regla puede enunciarse de este modo:

(1) La vinculación de cualquier derecho sobre toda clase de propiedad, sea ésta personal o real, es nula si su adjudica-

ción puede tener lugar después que el periodo de perpetuidad - haya expirado.

(2) Este periodo consiste en una o varias vidas existen - tes al constituirse la limitación de la pertenencia legal, com - plementado con un periodo de 21 años, computados a partir de - la extinción de la última de ellas, y existiendo una vida en - gestación en el momento de la constitución, el periodo de tal vida puede ser añadido al periodo general.

- La adjudicación de la titularidad es suficiente.

Analizando sus aspectos principales, dejemos constancia - de que para la validez de la vinculación basta con que lo que se confiera durante el periodo de perpetuidad sea la titulari - dad (vesting in interest), pudiendo demorarse para más tarde, y en función de circunstancias que no desvirtuen la finalid a d de la regla, la adquisición de la posesión (vesting in posse - ssion). Efectivamente, adjudicada la titularidad el derecho fu - turo deja de ser eventual y se convierte en conferido y no po - seído.

- La posibilidad inicial de infracción anula.

En general, la regla, antes de su reforma por la Ley de - 1964, considera posibilidades, no probabilidades. No da acogi - da al criterio de "esperar y ver" (wait and see), por lo que - la vinculación de cualquier derecho ha de considerarse en el - momento en que el instrumento creador comienza a surtir efecto: el otorgamiento de la escritura o el fallecimiento del testa - dor. Esto último quedó expresamente especificado con ocasión - del proceso Vanderplank v. King, en 1843. Si, en el momento - pertinente, hay la más ligera posibilidad de que el periodo - de perpetuidad quede desbordado por los términos de la vincula

ción, ésta es nula, incluso si es improbable que ello ocurra y aunque "a posteriori", ya producidos los hechos, resulte que - el periodo no había sido sobrepasado. Veamos un ejemplo: "en favor de A (soltero) vitaliciamente, con derecho expectante vitalicio para su viuda y, por último, con derecho también expectante en favor del mayor de los hermanos vivos de A, cuando su viuda fallezca". La concesión del derecho en favor del hermano de A, si los padres de A viven, unida a la posibilidad de que A contraiga matrimonio con mujer nacida después de constituida la vinculación, invalidan ésta, puesto que la viuda de A puede sobrevivirle más de 21 años, siendo posible que después de este periodo el dominio vaya a las manos de un hermano de A, nacido después de establecida la vinculación.

- La fecundidad a efectos de la regla.

Era criterio firmemente establecido en Derecho común que ninguna persona era demasiado vieja para tener descendencia, - criterio que quedó derogado por la Ley de 1964, sustituyéndola por la presunción de que un varón puede tener hijos de los 14 años en adelante, pero no antes y una hembra puede tener descendencia entre los 12 y los 55 años, como edades tope. Se trata de una presunción "iuris tantum", que admite prueba en contrario acreditativa de que determinada persona viva fué o no - capaz de engendrar en el momento al que la controversia se refiere. En tal sentido, el Alto Tribunal (the High Court) tiene facultades discrecionales para dejar las cosas en la misma situación en que hubieran estado, de no aplicarse las presunciones fallidas.

- La norma de "esperar y ver".

El aspecto de la regla que, de conformidad con el Derecho común, era contrario al criterio de "esperar y ver", ofrecía -

la enorme ventaja de hacer posible, desde un principio, el siem
pre delicado juicio sobre la nulidad o validez de la vinculación,
pero, por su rigorismo, frustraba las intenciones de muchos -
constituyentes y testadores, echando por tierra vinculaciones -
que, casi con seguridad, podrían quedar conferidas o adjudica -
das dentro del periodo de perpetuidad. Con miras a suavizar los
draconianos efectos del criterio que estamos comentando, la Ley
de 1964, para los instrumentos que hayan de surtir efecto a par -
tir del 15 de julio de dicho año, ha introducido el principio -
de "esperar y ver", formulado en el sentido de que la regla con -
tra perpetuidades no invalida las vinculaciones instituidas has -
ta que "no quede establecido que la adjudicación final (vesting)
deba ocurrir, en todo caso, después de extinguido el periodo de
perpetuidad". Está ahora permitido tomar en consideración el even
to más favorable, por lo que la disposición vinculatoria no de -
viene nula hasta que quede definitivamente claro que la adjudi -
cación, si se produce, habría de suceder después del periodo de
perpetuidad. Volviendo sobre el ejemplo antes expuesto, si A -
contrae matrimonio con persona nacida al constituirse la limita -
ción o que no le sobreviva 21 años, o fallece soltero, o sus pa -
dres mueren sin tener más hijos que los ya tenidos en cuenta -
por el constituyente, la disposición limitativa es válida, posi -
bilidad que, como hemos visto, se hubiera frustrado de no haber
se modificado la norma.

Por ello, estas disposiciones posiblemente válidas son tra -
tadas como tales hasta que con certeza se advierte que infrin -
gen la regla, en cuyo momento devienen nulas. Los frutos y ren -
tas producidos durante el periodo intermedio de espera se adque -
ren en firme por el titular correspondiente, aunque más tarde -
sobrevenga la nulidad.

No obstante, se espera que las consecuencias prácticas de
la nueva regla no serán muy espectaculares, puesto que, en pri -

mer lugar, la mayoría de las disposiciones vinculatorios ya cumplían con la antigua norma, por lo que las fórmulas documentales usuales no experimentaron modificación y porque, lo que es más importante, el periodo de perpetuidad, en sí mismo considerado, no ha cambiado.

- Periodo de perpetuidad.

El periodo de perpetuidad, que constituye la piedra angular de la regla, también ha evolucionado al compás de los tiempos y en función de los recientes cambios legislativos que han modernizado su fisonomía. En Derecho común cualquier persona viva al tiempo de constituirse la limitación y que figure mencionada en ella, expresa o implícitamente, es considerado "viviente" (a life in being) a los efectos de la aplicación de la regla. Cumplidas estas condiciones, el número de vivientes de cuyas existencias depende la amplitud del periodo de perpetuidad, puede ser ilimitado, siempre que quepa determinar quienes son, sin que sea preciso que tengan ningún vínculo con los beneficiarios de la limitación ni que ésta suponga beneficio alguno para ellos (esta doctrina, de la que aquí damos cuenta en apretada síntesis, fué paciente y laboriosamente elaborada por la jurisprudencia a través de varias sentencias, siendo las más notables las recaídas en los procesos "Cadell v. Palmer, 1833", "Scatterwood v. Edge, 1697", "Howard v. Dukeof, 1681" y "Pownall v. Graham, 1863"). Se entiende que las vidas están designadas implícitamente sólo si, de acuerdo con los términos del instrumento, - sirven, aunque no se diga expresamente, para medir el tiempo - dentro del cual la eventualidad adjudicatoria debe ocurrir. Si, por ejemplo, hay un legado vitalicio en favor de A con derecho expectante en favor de los hijos de B, al fallecimiento de éste, B es implícitamente un viviente pues, aún no siendo un beneficiario, su muerte forma parte de la eventualidad adjudicatoria.

Antes de 1926, probablemente el ejemplo más común de vinculación que incurría en nulidad por razones desamortizadoras era aquella que posponía la adjudicación del derecho al beneficiario hasta que alcanzase una edad superior a 21 años. Con objeto de paliar desenlaces negativos en los que era fácil incurrir, - la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, para las escrituras - otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la misma y para los testamentos cuyo testador falleciese también después - de dicha fecha, redujo imperativamente en su artículo (section) 163, la edad fijada con tales efectos a la máxima de 21 años.

La Ley de 1964 ha dado, en este punto, un paso importante, no retroactivo, sustituyendo el criterio de la limitación cuantitativa y mecánica del artículo (section) 163 de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, por otro lógico y cualitativo. Consiguientemente, y en forma más acorde con los deseos del constituyente, se reduce la edad superior a 21 años cuando es requisito para la adjudicación -y cuyo incumplimiento determinaría la nulidad del derecho por resultar excedido el periodo de perpetuidad- no con carácter fijo al indicado límite de los 21 años, sino solamente a aquella edad que bastaría para evitar que la vinculación sobrepasara el límite de duración que es fatal para su validez.

- Periodo de espera y "vidas estatutarias".

La introducción del criterio de "esperar y ver" por la Ley de 1964 hizo necesario determinar la duración del periodo de espera. Al considerar la aplicabilidad de la cláusula de "esperar y ver" se ha de determinar, en primer lugar, si la vinculación a la que afecta satisface la regla contra perpetuidades. Si el derecho eventual constituido por la vinculación ha de conferirse, por completo y en todo caso (if at all), dentro del periodo fijado por la regla, no hay necesidad de invocar las previsiones legales. La Ley de 1964 opera sola y alternativamente cuan-

do el evento adjudicatorio (the vesting contingency) puede ocurrir después que el referido lapso de tiempo haya expirado. En tal caso, la Ley prescribe el periodo durante el cual se permite "esperar y ver" si, a la luz de los acontecimientos futuros, la vinculación ha de resultar o no demasiado remota. A este tenor, la modificación introducida ha consistido en determinar la duración del periodo de espera (duration of the waiting period) y, también, en dar entrada al concepto de las "vidas estatutarias" (statutory lives).

La Ley determina el periodo durante el cual es permisible "esperar y ver". Dicho periodo es el determinado por el constituyente, siempre que no exceda de 80 años. A falta de dicha especificación, el periodo de espera se basa en la fórmula de los vivientes que no pueden ser otros que los definidos por la Ley, y que en la mayoría de los casos coinciden con los vivientes de la regla general (primera parte del periodo igual a la vida de más duración) más 21 años. Tales vidas han de ser determinables y existentes en el momento en que la disposición comience a surtir efectos, requisito cuya importancia conviene resaltar. Por ejemplo, si una vinculación incluida en un testamento hace referencia, entre otras personas y como beneficiaria, a la viuda de S, ésta es considerada vida estatutaria a los efectos del cómputo del periodo solamente si X premuere al testador. Si le sobrevive, la vida de su viuda no es estatutaria a los efectos de la vinculación. Si no hay vidas estatutarias y el constituyente no especifica ningún plazo, el periodo de espera es de 21 años.

Se entienden por "vidas estatutarias" las siguientes: a) - el constituyente del derecho, en todo caso; b) el beneficiario o apoderado, que pueden ser más de uno, teniendo tal condición la persona o personas en cuyo favor se constituye el derecho o beneficio o en quienes se delega la facultad de determinar él o

los beneficiarios; c) en determinadas circunstancias, los padres y abuelos de los incluidos en la anterior categoría (supongamos la existencia de un legado en favor de la primera nieta de X que contraiga matrimonio y que, al fallecer el testador, X tenga un hijo varón soltero; en estas circunstancias, X y su hijo se consideran vivientes por cuanto su nieta e hija, respectivamente, nacida después de la muerte del testador, podría adquirir el legado); d) el titular de cualquier derecho prioritario que al malograrse o extinguirse, determinaría el momento en que la vinculación comenzaría a surtir los efectos que podrían sobrepasar el límite temporal de la regla. Las vidas consideradas en los apartados b) y c) han de ser desestimadas si son tan numerosas que resulte impracticable la determinación del fallecimiento del último superviviente.

- Multiplicidad de limitaciones en un solo documento.

Cuando el instrumento creador, escritura o testamento, alberga una multiplicidad de limitaciones vinculatorias, la regla ha de aplicarse a cada una de ellas separadamente. Así, en una donación "en favor de A vitaliciamente, con derecho expectante para su hijo mayor también de por vida y, por último, con derecho expectante a la pertenencia plena en favor del nieto mayor de B" ha de aplicarse la regla contra perpetuidades a cada una de las tres limitaciones vinculatorias separadamente. No hay dificultad si todas resultan válidas, pero si una o más son nulas, se impone ciertas distinciones.

Una limitación no es, en absoluto, nula sólo porque vaya seguida de otra que sí lo es, según ya quedó plasmado en el proceso "Garland v. Brown", en 1864. Es decir, que la nulidad de la posterior no contagia a la anterior.

Ahora bien, si la limitación es subsiguiente y dependiente de otra nula, le alcanza la misma sanción de nulidad. Puntualicemos que, para que tal efecto se produzca, no basta con que la limitación vaya precedida de otra nula, sino que es preciso que, además, dependa de ella. Así, supuesto que un testador instituya propiedad en pertenencia plena en favor del primer hijo de X que se ordene sacerdote, y si X no tiene hijo alguno que alcance tal estado, en favor de Y en pertenencia plena, es evidente que la segunda disposición subsigue y depende de la primera, - por lo que la nulidad de ésta motivaría la de la posterior. Sin perjuicio de supuestos claros, la noción de dependencia, según lo ha revelado la práctica de muchos años, es, en no pocas ocasiones, sumamente confusa e insegura y, por tanto, propicia a - interpretaciones contrapuestas basadas en sutiles indagaciones sobre la voluntad del constituyente. En atención a estas circunstancias, la Ley de 1964, para las limitaciones posteriores al - 15 de julio de dicho año, fecha en que entró en vigor, ha abolido por completo la insatisfactoria y obscura doctrina de la ulterioridad y dependencia como causas motivadoras de la nulidad de la limitación en que concurrían, en relación con otra, también nula, que las precedía y de la que dependían. En la actualidad, pues, una limitación no es nula simplemente por ser posterior y dependiente de otra que sí lo es. Además, la existencia de una limitación previa tachada de nulidad no constituye, en absoluto, motivo de retraso para la adjudicación de un derecho válido constituido para después de ella.

- Eventos alternativos.

Cuando la constitución del derecho contiene expresamente dos eventos alternativos, en función de los cuales la propiedad puede ser conferida, siendo uno de los eventos, según la -

regla, demasiado remoto, y el otro no, la disposición limitativa es válida si, de hecho, el evento suficientemente próximo ocurre (Hodgson v. Halford, 1879). La norma indicada es solamente aplicable si ambos eventos están expresamente recogidos en la vinculación. Si uno de ellos está explícitamente manifestado y sobrepasa el periodo de perpetuidad, aunque hubiese otro implícito y válido, la constitución es nula. Así lo tiene dicho la jurisprudencia con motivo del proceso "Proctor v. Bishop of Bath and Wells", en 1794.

La Ley de 1964 mantiene estas normas, si bien su aplicación ha de conjugarse con la del principio de "esperar y ver", lo que dá mayores oportunidades de validez a los derechos que deben ser adjudicados en función de eventos posiblemente contrarios a la regla contra perpetuidades, pero que luego no la infringen.

- Vinculaciones en favor de grupos o clases de personas.

La constitución de derechos en favor de personas o clases de ellas determinadas genéricamente (a class gift), entendiéndose por tal la disposición en favor de quienes se comprenden o a quienes afecta determinada descripción, lleva aneja la distribución de la propiedad en cuotas variables de acuerdo con el número de personas integrantes de la clase genéricamente determinada, según reiterada y concorde jurisprudencia en la materia (Pears v. Moseley, 1880, y Kingsbury v. Walter, 1901). Tal es el caso de una disposición "en favor de mis hijos que alcancen la edad de 25 años", o "en favor de los sobrinos o sobrinas de mi último esposo, vivos a su fallecimiento", que entraña constitución de derechos en favor de personas determinadas genéricamente. No es así cuando la disposición se hace en favor de "las 5 hijas de X" o "de mis 9 hijos", puesto que las cuotas están determinadas desde un principio.

En Derecho común, la constitución en favor de clases genéricas era nula, por aplicación de la regla contra perpetuidades, - si había posibilidad de que uno solo de los miembros del grupo - pudiese recibir la adjudicación del derecho fuera del periodo de perpetuidad, nulidad que alcanzaba a los miembros del grupo que previamente hubieran cumplido los requisitos exigidos (tal es la doctrina emanada de los casos "Leake v. Robinson", en 1817 y - "Pearks v. Moseley", en 1880).

La Ley de 1964 ha introducido la importante novedad de abolir la regla de que las constituciones en favor de personas genéricamente determinadas, no pueden ser parcialmente nulas y parcialmente válidas. La solución ha consistido en eliminar del grupo de los beneficiarios a los miembros a los que se les adjudicaría el derecho una vez extinguido el periodo de perpetuidad.

- La regla contra perpetuidades y los derechos modales, condicionales y a término.

También han de hacerse algunas observaciones sobre el juego de la regla contra perpetuidades en relación con los derechos modales o limitados, los condicionales y los a término (determinable and conditional interests) (v. 3., parte I, cap. III); los - conceptos allí expuestos y referidos concretamente a las pertenencias (estates), son aplicables, "mutatis mutandis", a los demás derechos reales en general (interests).

La regla toma como punto de referencia el momento en que - los derechos comienzan a surtir efecto y no el de su extinción - como consecuencia de determinadas causas previstas en su constitución. Por tanto, no se invalida un derecho limitado o modal - (determinable interest) simplemente porque en su constitución se haya previsto su extinción o cambio de titularidad si acontece -

determinado suceso futuro pero incierto, aunque ello ocurra después del periodo de perpetuidad, y siempre y cuando el derecho así limitado haya sido adjudicado dentro del ámbito temporal - marcado por la regla. En suma, transcurrido el periodo de perpetuidad, el derecho limitado se transforma en puro.

Según ya sabemos, los derechos condicionales o a término - pueden ser suspensivos (condition precedent) o resolutorios (condition subsequent). En el primer caso, la regla contra perpetuidades es claramente aplicable puesto que el derecho no nace hasta que el evento condicional (en sentido lato) no acontece y - ello ha de ocurrir en el interín del periodo de perpetuidad - (Pickford v. Brown, 1856). Si la condición (también en sentido amplio) es resolutoria e infringe la regla, la condición en sí misma es nula, pero no así el derecho por ella condicionado, - que se convierte en puro y simple, al librarse de la amenaza de la resolución, por haber sido prevista la causa de ésta más - allá del periodo de perpetuidad.

La Ley de 1964 ha mantenido estas normas relativas a los - derechos limitados y a los condicionales y a término.

- La regla contra perpetuidades y las potestades o poderes.

La aplicación de la regla contra perpetuidades a las varias clases de poderes o potestades (powers) que, en las vinculaciones, se atribuyen a determinadas personas, es bastante complicada.

Tratándose de poderes de administración, como los de venta o arrendamiento real del inmueble vinculado, su ejercicio, con posterioridad al periodo de perpetuidad, era nulo según el Derecho común, criterio que, en la línea flexibilizadora que caracteriza a la Ley de 1964, ha sido modificado poniendo los pode -

res de administración al margen de los efectos invalidatorios - de la regla, es decir, declarando ésta inaplicable a aquéllos.

Si la potestad es de determinación o asignación (power of appointment) (v. 2., parte II, capítulo III) se impone una distinción previa entre potestades generales y especiales a los fines de la regla cuya compleja aplicación estamos analizando. En Derecho común, la potestad se consideraba general cuando el apoderado era libre para disponer de la propiedad como dueño absoluto de ella y especial, en caso contrario. Dudas suscitaban en cuanto a su inclusión en uno u otro grupo las llamadas potestades mixtas. Con estas dudas ha terminado la Ley de 1964 la cual, por disposiciones que han de surtir efecto a partir de su entrada en vigor, considera especiales a todas las potestades excepto si son ejercitables por una persona solamente y de tal modo que ésta pueda transmitirse la propiedad a sí misma, sin necesidad de ningún consentimiento complementario y observando únicamente las formalidades establecidas al respecto. En este caso - son potestades generales.

Fijados los conceptos de generalidad y especialidad del poder a los efectos que nos ocupan, nos corresponde examinar primero la validez de su constitución (validity of the power) y a renglón seguido, y para rematar esta laberíntica cuestión, la - de su ejercicio, es decir, la de las designaciones o determinaciones efectuadas ejercitando tales poderes (validity of appointements).

La constitución de una potestad especial es nula si es - ejercitable fuera del periodo de perpetuidad, con la única ex-cepción, en Derecho común, de que sea solo ejercitable por persona viva al tiempo de su constitución, en cuyo caso nunca pue-

de ser nula por violación de la regla contra perpetuidades. La Ley de 1964, desarrollando una vez más el principio (wait and - see) que informa todas sus reformas, determina que la potestad especial es nula sólo si no puede ser íntegramente ejercitada - en el interín del periodo de perpetuidad. Si se cumplen las con - di - ci - o - n - e - s para el ejercicio de la potestad especial, ésta no es nula porque exista el peligro teórico de una designación hecha en contra de la regla contra perpetuidades. Así, cuando a una - persona viva se le concede la potestad de designar en favor de sus descendientes, podría, teóricamente, hacerlo en favor de - sus tataranietos, posibilidad que no invalida la potestad en sí misma ni una designación que de hecho respete la regla contra - perpetuidades, pero sí invalida la designación que no la respe - te.

Una potestad general, a los efectos de la regla contra per - petuidades, es considerada como titularidad absoluta del dere - cho vinculado. Consiguientemente, y por analogía, la regla con - tra perpetuidades se considera respetada si la potestad se ad - quiere, por completo, dentro del periodo, aún cuando sea ejerci - table fuera de él, excepto si este ejercicio ha de ser testamen - tario, en cuyo caso la adquisición es nula si el repetido ejer - cicio puede sobrepasar el periodo (Wollaston v. King, 1868). - Hasta aquí un apretado resumen de lo estatuido por el Derecho - común. Una potestad general, que haya de surtir efecto después del 15 de julio de 1964, será válida por efecto de la Ley de di - cha fecha, a menos y hasta que quede establecido que no será - ejercitable dentro del periodo.

Si la potestad es nula no es posible, evidentemente, un - ejercicio válido de la misma. Pero aunque la potestad en sí mis - ma sea válida, una determinación o designación efectuada en - ejercicio de la misma puede resultar demasiado remota. Cuando -

la potestad es especial, el periodo de perpetuidad arranca desde su nacimiento, momento que por el juego de varias potestades sucesivas y subsidiarias puede no coincidir con aquél en que comience a surtir efectos el instrumento creador. Contrariamente a lo que es propio de la regla contra perpetuidades, el principio, incluso en Derecho común, parece ser "esperar y ver" (Re Witty, 1913). Cuando la designación queda plena y finalmente ultimada, hay que ver si el derecho del designado es nulo o válido según respete o no la regla, habida cuenta del momento especial en que se inicia su cómputo. Las posibilidades de que la designación sea válida han sido ensanchadas aún más por la jurisprudencia (doctrina contenida en un conjunto importante de sentencias: Wilkinson v. Duncan, 1861; Von Brockdorff v. Malcolm, 1885; Re Thompson, 1906 y Re Paul, 1921) que permite, como solución complementaria, considerar la designación finalmente hecha a la luz de las circunstancias existentes al tiempo en que aquella se efectúa. Con esta posibilidad se pretende, en última instancia y en función de los acontecimientos sobrevenidos, reconstruir y hacer eficaz la voluntad del constituyente de la vinculación que confirió la potestad especial. En cuanto a la primera alternativa (validez del poder), la Ley de 1964 ha ensanchado el alcance práctico del principio "esperar y ver" que se aplica según su formulación general explicada más atrás y a partir de la fecha especial de cómputo para el ejercicio de las potestades especiales válidas. Respecto al ejercicio de las potestades válidas generales no hay nada que añadir a lo ya dicho en el párrafo anterior puesto que la adquisición de la potestad general equivale a la de la plena titularidad del derecho vinculado; producida ésta, queda sin objeto la regla contra perpetuidades.

Pretender sintetizar en unas cuantas fórmulas abstractas la compleja y variadísima casuística del Derecho inmobiliario inglés, del que se puede decir, casi sin exageración, que alberga "soluciones para todos los gustos", es no sólo traicionar su espíritu sino correr el grave riesgo de expresarse en forma esotérica. Para avanzar, con un mínimo de seguridad, en el estudio del Derecho inglés, es indispensable valerse continuamente de ejemplos. Veamos un par de ellos en relación con la validez o invalidez del ejercicio de las potestades especiales, que ilustran la precedente exposición teórica.

1º.- Institución hereditaria en favor de A, vitaliciamente, con potestad de designar en favor de sus hijos; A, tras designar a su hijo B para "cuando llegue a los 23 años" fallece; B no había nacido cuando el testador falleció y tenía 3 años en la fecha de la designación a su favor y fallecimiento de su padre. A es el único "viviente" a efectos de la regla, pero como la propiedad se confiere por completo dentro de los 20 años siguientes a la muerte de A, la designación es válida. Si B hubiese sido menor de 2 años en el momento de la designación, y ésta se hubiese hecho antes de 1926 habría sido nula, pero hecha después de 1925, la adjudicación en favor de B se hubiera producido al llegar a los 21 años, en lugar de a los 23.

Si la potestad a que se refiere este ejemplo se hubiere creado después del 15 de julio de 1964, aunque B hubiese sido menor de 2 años al efectuarse la designación, habría recibido la adjudicación a los 23 años, si alcanzaba esta edad dentro del periodo de perpetuidad (antes de transcurridos 21 años de la muerte de A) y de no ser así, cuando hubiera llegado a la edad de 21 años.

2º.- Vinculación matrimonial en favor de C, vitaliciamente, con derecho expectante que tendrá que determinar entre -

su descendencia; C designa en favor de su hija D, aplazando la adjudicación del derecho hasta su matrimonio; D está soltera - en la fecha de la designación. Esta es nula, porque desde el - principio se ve la posibilidad de que la regla sea incumplida. Unos años más tarde, D contrae matrimonio y C otorga entonces un documento convalidando la designación nula, lo que constituye un título a favor de D, puesto que la convalidación opera - como una nueva designación y, teniendo en cuenta los hechos - existentes en el momento de la designación, la propiedad ha sido adjudicada durante la vida de una persona, C, nacida al - constituirse la vinculación.

El mismo supuesto, considerado después del 15 de julio de 1964, daría como resultado la validez de la designación, al menos hasta que resultase que D no se había casado dentro del periodo de perpetuidad, comenzando su cómputo desde la fecha de la vinculación. La convalidación no sería precisa.

- Excepciones a la regla contra perpetuidades.

Entre los derechos a los que, por vía de excepción, no se les aplica la regla contra perpetuidades, hemos de incluir las obligaciones personales (por ejemplo, pago de un cánón por explotaciones mineras), opción concedida al arrendatario real para prorrogar sus derechos arrendaticios, retracto contractual a favor de dicho arrendatario para adquirir el derecho remanente del arrendador, determinados legados o donaciones con fines piadosos, etc. Entre todas las excepciones, la que más nos interesa destacar es la referente a las hipotecas. La regla nunca fué aplicable a ellas y, por consiguiente, una cláusula posponiendo el derecho del deudor hipotecario a cancelar la carga (right to redeem) no es inválida simplemente porque la posposición sobrepase el periodo de perpetuidad (Knightsbridge Estates Trust Ltd. v. Byrne, 1939).

Estas excepciones tienen, en realidad, carácter institucional por cuanto se trata de derechos que no nacen de vinculaciones estrictas ni fideicomisos para venta.

5.3.3. La regla contra la inalienabilidad (the rule against inalienability).

Constituye principio fundamental del Derecho inglés, sin - apenas excepción alguna, que la propiedad no puede adquirir la condición de inalienable. Por ello, un legado inmobiliario para que sea destinado perpétuamente a cementerio familiar es nulo - (Yeap Cheah Neo v. Ong Cheng Neo, 1875). La cuestión, en los casos dudosos, es si existe cláusula o estipulación que impida la disponibilidad de determinada propiedad. Una donación, por ejemplo, es nula si sus únicos efectos jurídicos en favor del donatario son los de ostentar la titularidad del bien transmitido, aplicando sus rentas a los fines que es especifican (Cocks v. Mannors, 1871). Ahora bien, la inalienabilidad que el Derecho sanciona es la impuesta por el transmitente, pero no la sobrevinida por voluntad del adquirente, especialmente en virtud de sus normas estatutarias, cuando se trata de una persona jurídica. Así, las reglas de determinada asociación o club pueden transformar en inalienable propiedad, inicialmente transmitida en su favor sin ninguna restricción. No obstante, la constitución de derechos en favor de colectividades, con o sin personalidad jurídica, por medio de persona interpuesta, es decir, por medio de un fideicomiso (trust) no puede hacerse con carácter perpétuo. Es una modalidad de la regla que comentamos, variante denominada "regla contra fideicomisos de perpétua duración" (the rule against trusts of perpetual duration), ratificada de modo expreso por la Ley de 1964.

Ahora bien, si la colectividad es titular adquirente de una propiedad inalienable cuya renta, no obstante, es transmisi

ble (~~as~~ignable), la regla contra la inalienabilidad no se vulnera, incluso aunque el derecho a percibir la renta dependa del cumplimiento de determinadas obligaciones o pueda extinguirse en el futuro (causa Re Chardon 1928).

Aunque la propiedad no es susceptible de transformarse en inalienable para siempre o por tiempo indefinido (causa Re-Wightwick's W.T., 1950), parece admitida la validez de una inalienabilidad, que no se extienda más allá del periodo de perpetuidad, según ha quedado determinado al estudiar la regla precedente - (causa-Re-Dean, 1889).

La constitución de derechos con fines piadosos y de beneficencia (charities) constituye excepción a la regla; ninguna donación o regalo con tal finalidad es nula porque vaya acompañada de una cláusula de inalienabilidad.

5.3.4. La regla contra acumulaciones (the rule against accumulations).

Esta regla se asemeja a la anterior en su propósito pues apunta a evitar un control excesivamente remoto de derechos ya adjudicados o pendientes de adjudicación. Su primera formulación se debió a la desafortunada Ley de Acumulaciones (Accumulations Act) de 1800 que fué aprobada a resultas del caso "The Thellusson v. Woodford", decidido el año anterior, por lo que a menudo es llamada Ley Thellusson. En su testamento Mr. Thellusson dispuso que la renta de sus propiedades debería acumularse durante las vidas de sus hijos, nietos y demás descendientes vivos en el momento de su fallecimiento y, al fallecer el último superviviente, el capital acumulado se dividiría entre otros descendientes especificados por el testador. La disposición, al basarse en vidas existentes y respetar el periodo de perpetuidad, fué declarada válida, pero como se calculó que el capital acumulado podría ascender a muchos millones de libras esterli-

nas, el Parlamento, considerándolo excesivo, intervino para regular de otro modo nuevas disposiciones testamentarias de naturaleza similar.

5.3.4.1. Los periodos legales (the statutory periods).

La normativa vigente está contenida en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 y en la de Perpetuidades y Acumulaciones (Perpetuities and Accumulations Act) de 1964.

Si la disposición surtió efecto con anterioridad al 16 de julio de 1964, la acumulación misma o una potestad para acumular era válida si se atenía exclusivamente a uno de los siguientes periodos: la vida del constituyente o vinculante; 21 años a contar del fallecimiento del constituyente, vinculante o testador; el o los periodos de minoría de edad de cualquier nacido o concebido al fallecimiento de alguno de los anteriormente indicados y la minoría o minorías de edad de personas que, de acuerdo con los términos del instrumento estableciendo la acumulación, serían los beneficiarios de la renta acumulada si fueran mayores de edad.

Para las disposiciones que hayan de surtir efecto después del 15 de julio de 1964, dos posibles periodos han venido a incrementar el censo de los ya existentes: 21 años desde el otorgamiento de la disposición y la minoría o minorías de edad de cualquier persona o personas vivas en dicho momento, aún tratándose de personas no interesadas en la acumulación.

La cuestión relativa a la fórmula elegida en cada caso en particular ha de solventarse con criterios de interpretación lógica y gramatical, según lo tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia (Jagger v. Jagger, 1883 y Gorat v. Lowndes, 1841).

Los periodos legales y la acumulación a la que sirven de medida, únicamente pueden constituirse en escritura solemne o testamento y tanto si la acumulación es a interés compuesto como a simple (esta última posibilidad parece deducirse de lo resuelto en la causa Re-Garride, en 1919) e igualmente si la acumulación se refiere a toda o parte de la renta del capital o propiedad de que se trate (Re Travis, 1909). No hay acumulación si la renta es ahorrada como garantía para el pago de rentas y no constituye incremento del capital (Re Earl of Berkeley, 1968).

5.3.4.2. Acumulación excesiva (excessive accumulation).

Si el periodo para el cual la acumulación se establece puede sobrepasar la duración del periodo de perpetuidad, la disposición acumulativa es totalmente nula. Así quedó establecido en virtud del procedimiento Curtis v. Lukin (1842) en el que la acumulación quedó ordenada hasta que un arrendamiento real, cuya duración estaba fijada en 60 años, hubiese "casi expirado" (nearly expired). En este caso se aplicó la regla contra perpetuidades con todo el rigor inicial propio del antiguo Derecho común; ya que la vida o vidas existentes más los 21 años preceptivos podían ser un periodo más corto que el del arrendamiento; es decir, que la posibilidad, en un principio, de infracción produjo el efecto de anular.

Ahora bien, si el periodo para el cual la acumulación queda establecida, sin sobrepasar el de perpetuidad, excede del periodo de acumulación adecuado al caso, según las circunstancias que en él concurren, la disposición acumulativa es válida entre tanto transcurre el periodo de acumulación pertinente y nula en cuanto al exceso.

La determinación del periodo de acumulación apropiado no puede hacerse de forma abstracta, puesto que, como se ha dicho,

depende de las circunstancias del caso. Por tanto, los periodos de 21 años a contar desde la muerte del constituyente, vinculante o testador o a partir de la fecha del otorgamiento de la disposición, son los más apropiados cuando la acumulación se determina por un periodo de tiempo medido por años o cuando se instituye hasta que determinada persona alcance la edad de 25 años - (Crawley v. Crawley, 1835).

5.3.4.3. Renta excedente (surplus income).

La renta correspondiente a los periodos durante los cuales la acumulación es nula pasa a las personas que tendrían derecho a percibirla si la acumulación excesiva no se hubiera previsto, según norma de carácter general formulada por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

A este principio teórico de carácter general le acompaña - toda una amplia teoría de supuestos prácticos, de variedad casi infinita, lógica consecuencia del pragmatismo anglosajón y de - su casuística regulación de la realidad jurídica en toda su ancha diversidad. Como supuesto más genérico podemos citar el de una donación plena "inter vivos" o "mortis causa", sujeta a un fideicomiso acumulativo que cuando éste resulta excesivo por infracción del periodo idóneo de máxima acumulación, la renta producida y acumulada en exceso revierte al heredero, legatario o donatario de la propiedad que la produce y que quedó gravada - con el fideicomiso acumulativo (Trickley v. Trickley, 1832). En otros supuestos también frecuentes, la renta revierte al constituyente o al vinculante si sobreviven, o a sus herederos testados o intestados si hubieren fallecido (Matews v. Keble, 1867).

5.3.4.4. Extinción anticipada de la acumulación (the right to - stop accumulations).

De conformidad con la regla establecida en el caso "Saunders v. Vautier", en 1841, el beneficiario de una acumulación de rentas, mayor de edad, que sea titular, además, de un derecho absoluto e irrevocable sobre la propiedad que las produce, puede, en cualquier momento, a pesar de lo dispuesto en cuanto a tal acumulación, exigir que se le entregue la propiedad y las rentas acumuladas, extinguiendo anticipadamente la acumulación en curso. Esta norma se aplica, no obstante, sólo si el beneficiario o beneficiarios que pretenden poner fin a la acumulación reúnen entre sí todos los derechos conferidos y eventuales que puedan existir sobre la propiedad (Berry v. Geen, - 1938).

La regla es aplicable, sin limitaciones, cuando el beneficiario de la acumulación es una Institución de Caridad o Beneficencia (Wharton v. Masterman, 1895).

5.3.4.5..Excepciones a la regla contra acumulaciones (exceptions to the rule against accumulations).

La regla que limita las acumulaciones no se aplica en los siguientes casos:

a) Pago de deudas. Incluye acumulaciones dispuestas para el pago de toda clase de deudas, sean del vinculante, testador o de otra persona (Viscount Barrington v. Liddells, 1852). La acumulación para el pago de deudas del vinculante o del testador puede ser válida, incluso aunque sobrepase el periodo de perpetuidad (Bateman v. Hotchkin, 1874) ya que en todo momento los acreedores pueden terminar con la acumulación exigiendo el pago de sus créditos. Pero una acumulación para pagar deudas -

./.

de otra persona debe quedar limitada al periodo de perpetuidad. Abarca toda clase de deudas, tanto existentes como eventuales, pero no las inexistentes cuando el instrumento que establece la acumulación comience a surtir efectos (Re Rochford's, 1965).

b) Dotes o legados (portions) constituidos por acumulación en favor de los descendientes legítimos de cualquier persona, - contenidos como cláusula o estipulación especial de una vinculación. Este supuesto constituye excepción a la regla contra acumulaciones, pero no a la regla contra perpetuidades que le es - enteramente aplicable.

c) Explotaciones maderables o forestales (timber or wood). Las acumulaciones de rentas procedentes de ellas están exent a s de la regla contra acumulaciones pero no de la regla contra - perpetuidades.

d) Conservación de propiedades (maintenance of property), es decir cláusulas o estipulaciones encaminadas a la acumulación de renta para mantener determinados bienes en su estado presente, mediante reparación de inmuebles, pólizas de seguros, etc. Se hallan al margen de de la regla contra acumulaciones puesto que no son propiamente tales (Vine v. Raleigh, 1891 y Re Gardiner, 1901). Están sujetas, no obstante, a la regla contra perpetuidades.

e) Minoría de edad (minority). Mientras la persona llamada a la titularidad de bienes en fideicomiso es menor de edad, se concede una potestad legal a los fiduciarios para aplicar las - rentas como alimentos y acumular el remanente. Está expresamente dispuesto por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, que el - periodo correspondiente a esta acumulación no es computable a - efectos del, llamémosle así, periodo general de acumulaciones -

permitido. Así, si un testador ordena acumulación durante 21 - años después de su muerte y el beneficiario, al final de ese - periodo es menor de edad, ambas acumulaciones, la de los 21 años y la del tiempo que falta para que el beneficiario alcance la mayoría de edad, son válidas (Re Maber, 1928).

f) Determinados contratos mercantiles (certain commercial contracts). Muchos contratos mercantiles, especialmente de carácter societario, contienen cláusulas sobre acumulación de beneficios, para crear fondos de inversión o reserva, estipulaciones que quedan por completo al margen de la regla contra acumulaciones (Bassil v. Lister, 1851; Re A.E.G. Unit Trust (Managers) Ltd's Deed, 1957) y, con mucha frecuencia, también al - margen de la regla contra perpetuidades, puesto que sólo crean derechos y obligaciones puramente personales.

6. COMUNIDAD O COTITULARIDAD DE DERECHOS INMOBILIARIOS (concurrent interests).

- o - o - o -

* Las pertenencias y derechos reales inmobiliarios sue len ostentarse en titularidad individual, pero admiten tam bién pluralidad de titulares. Si la titularidad es indivi- dual se dice que el sujeto de la misma ejerce su derecho - en exclusiva (severalty) pero si son varias las personas - que tienen derecho simultáneo sobre el fundo su derecho es concurrente (concurrently).

El régimen jurídico de la cotitularidad de derechos inmobiliarios gira, en su integridad, en torno a la dicoto- mía de especies que lo integra. No se puede dar un paso en el estudio de esta institución jurídica sin antes familia- rizarse con las nociones de comunidad en mano común (joint tenancy) y por cuotas (tenancy in common). En su más sim- ple formulación, existe comunidad en mano común siempre - que el derecho inmobiliario se atribuye a dos o más perso- nas sin especificación de partes ideales y comunidad por - cuotas cuando tal atribución se hace con el propósito, aun que su manifestación sea rudimentaria, de determinación - del derecho de los cotitulares en partes "pro indiviso".

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925, en consonan- cia con su finalidad principal, introdujo espectaculares - novedades en el régimen jurídico de la cotitularidad de de- rechos. Nuestra doble exposición (texto y comentario) ha - de discurrir a caballo entre las obligadas referencias a - la normativa anterior a dicha fecha y el estudio del nuevo régimen instaurado a partir de 1926. Las modificaciones más

sugestivas introducidas por éste, sus más señaladas innovaciones, podrían pasarnos desapercibidos si no utilizáramos continuamente la técnica del contraste entre el inmediato - pasado y el flamante presente. Previamente, sin embargo, - hemos de ahondar en y perfilar las diferencias básicas entre ambas clases de comunidades, puntualizando sus respectivas naturalezas jurídicas.

La de la comunidad en mano común tiene su expresión en estos dos elementos: el derecho de acrecer (que hay que calificar de impropio, habida cuenta del significado de esta institución en nuestro Derecho) y la regla de las "cuatro unidades". El derecho de acrecer o "derecho del superviviente", es la facultad que tienen los condueños en mano común a que se mantenga en la comunidad la cotitularidad - parcialmente vacante por fallecimiento de otro condueño, - con exclusión absoluta de los herederos de éste; el derecho de acrecer opera tantas veces cuantas fallezca un condueño, consumándose su plena efectividad cuando solo queda uno de ellos, que se transforma en titular exclusivo del derecho (severalty) que antes estaba en situación de titularidad plural.

Pero para que exista comunidad en mano común es absolutamente preciso, además, que en la correspondiente relación jurídica plural se den estas cuatro unidades: unidad - de posesión (cada comunero titular de la posesión de la finca en su totalidad) unidad de derecho (igualdad del derecho de todos ellos en extensión, naturaleza y duración) unidad de título (que sus respectivos derechos procedan de un mismo título constitutivo) y unidad de tiempo (que la adjudicación de su derecho sea simultánea para todos ellos).

El centro de gravedad de la comunidad por cuotas está en la titularidad "pro indiviso" o por cuotas intelectuales, con exclusión del derecho de acrecer, por lo que al fallecer uno de los copropietarios su cuota pasa a sus herederos, testados o intestados, y la presencia de la unidad de posesión, en el sentido antes mencionado, como única de concurrencia obligatoria.

La comunidad o cotitularidad de derechos inmobilia -- rios es el género; sus especies, al igual que en Derecho es pañol son, no solo la pertenencia plena y absoluta en posesión, -la principal de ellas o arquetipo- sino los demás de de rechos reales inmobiliarios. Tal como dice ALBALADEJO (op. cit. III, 1ª pág. 379) la cotitularidad puede recaer sobre cualquier clase de derechos, sean de crédito, reales (que son los que, en su vertiente inmobiliaria, ahora nos intere san) etc.

Hasta 1926, es decir, antes de que entrara en vigor - la Ley del Derecho de Propiedad del año anterior, tanto las comunidades por cuotas como las mancomunadas podían existir así en el ámbito del Derecho común como en el de la Equidad. En línea con sus respectivas idiosincrasias institucionales, uno y otro sistema de normas orientaban sus preferencias en distintas direcciones. En Derecho común, la presunción era favorable a la comunidad mancomunada ya que la doctrina del acrecimiento ofrecía al señor feudal mayores oportunidades de poder exigir, al fallecer el último cotitular, las prestaciones feudales por causa de muerte; al mismo tiempo, la estructura mancomunada también era ventajosa para los cotitu lares puesto que la prestación personal no sucesoria debida por razón de la tenencia era única y no múltiple. Por su - parte, la Equidad favoreció la comunidad por cuotas en fun-

ción de la igualdad de trato y certidumbre de derechos que la caracteriza, contrarios al elemento de suerte que acompaña al "odioso", equitativamente considerado, derecho de acrecer.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925, ha sido auténticamente revolucionaria en lo tocante al régimen jurídico de la comunidad de derechos inmobiliarios. A partir de su entrada en vigor, toda posibilidad de constituir comunidades por cuotas en el ámbito del Derecho común ha sido radicalmente abolida, quedando relegada su viabilidad al terreno de las normas equitativas. La finalidad perseguida con este radical giro legislativo es clara: simplificar la investigación precontractual del título del transmitente, manteniéndolo en la unidad esencial a toda cotitularidad mancomunada. Prodúcese, de este modo, un hecho que sin ser privativo del Ordenamiento jurídico inglés, se da en él con singular frecuencia, como ha puesto de relieve PUIG BRUTAU (Estudios ...; pág. 58): los esquemas mentales de ciertas figuras jurídicas nacidas a impulso de circunstancias desaparecidas (la sociedad feudal y sus peculiares estructuras), pueden persistir y adaptarse nuevamente a la protección de intereses diferentes (la simplificación del tráfico jurídico).

A partir de entonces ha de reseñarse la existencia, a efectos puramente internos entre cotitulares, de dos modalidades de titularidad plural mancomunada: la propia o genuina, que se da cuando la voluntad de los adquirentes es acogerse al esquema mancomunal en cuanto dispositivo regulador de sus derechos colectivos, y la impropia o asimilada que, en virtud de un imperativo legal, constituye el obligado ropaje jurídico para que la pluralidad de dere --

chos que nace distribuida en cuotas pueda comparecer en el ámbito del Derecho común o de los derechos llamados legales. En ambos casos, la administración y disposición de los intereses comunes se hace a través del llamado fideicomiso estatutario, modalidad de fideicomiso para venta de origen legal, del que ya tenemos noticia. Los comuneros, de cara al exterior, es decir, con miras al tráfico jurídico, asumen la condición de fiduciarios de su propio y exclusivo interés (o del ajeno también, según los casos) con todos los deberes y derechos anejos a su estuto jurídico del que ya dimos cuenta en otro lugar (v. 1.4. de esta misma parte). En el Derecho precedente, la cotitularidad en mano común era transformable en comunidad por cuotas mediante "determinación de porciones" (severance), posibilidad que ha sido desterrada por su incompatibilidad con las bases del nuevo régimen regulador de la pluralidad de sujetos titulares. La determinación de cuotas conserva, sin embargo, un importante rol en la zona de juego de los derechos equitativos. Hecha por escrito, permite a los conductos en mano común propios o genuinos, hacer efectivo su deseo de especificación creando las cuotas con vistas a la autodistribución, proporcionalmente adecuada, de los frutos y del capital resultantes de la venta con la que se consuma el fideicomiso; en caso contrario tales bienes irían, por efecto del derecho de acrecer, a incrementar el derecho de los cotitulares supervivientes. Por este camino especificatorio, se enervan los efectos aleatorios que para los cotitulares tiene el derecho de acrecer.

No son extraños, en absoluto, al Derecho español, los términos comunidad por cuotas y comunidad en mano común. Pero la homonimia no está respaldada, como tantas ve-

ces ocurre al comparar ambos Ordenamientos jurídicos, por -
la homología. Por ello, la utilización paralela de una y -
otra denominación no puede hacerse sino con toda clase de -
precauciones, para evitar fáciles y precipitadas asimilaciones de conceptos.

En la comunidad romana o pro "indiviso" del Derecho -
civil español, la cosa pertenece a los condóminos por par -
tes intelectuales o cuotas. En la comunidad en mano común o
germánica, así llamada por tener su origen en la propiedad
colectiva del antiguo Derecho germánico -es indudable que -
esta institución española y la "joint tenancy" inglesa pro-
ceden de un tronco común- la cosa pertenece a la colectivi-
dad, sin ninguna división ideal de cuotas. En el marco ins-
titucional de la comunidad por cuotas, cada comunero puede
disponer de la suya, gozando, además, para su realización,
de la acción de división (actio communi dividundo) o, en su
defecto, de la facultad de promover la venta y distribu-
ción del precio. Por contra, en la comunidad en mano común,
el condueño carece de facultad para disponer o enajenar la
cosa común y en cuanto a la disposición de su derecho podrá
hacerlo -y no siempre dada la gran heterogeneidad de las -
formas mancomunales existentes en nuestro Derecho- de lo que
le correspondería en el futuro, por consecuencia de la li-
quidación del bien común, con lo cual no dispondría de algo
relativo a la comunidad, sino de algo derivado de ella, pe-
ro que está fuera de la misma.

Hasta aquí, el paralelismo estructural entre ambas -
formas comunitarias y sus homónimas inglesas es muy notable.
Pero en cuanto entramos en el campo de lo funcional, las di-
vergencias adquieren gran auge. El Derecho inglés otorga -
preferencia a la mancomunidad de bienes, a la que reconoce

superior eficacia jurídica, subordinando a ella a la comunidad por cuotas. Por efecto de tal subordinación, esta última queda circunscrita a una criptoexistencia ya que sin "disfrazarse" de propiedad mancomunal no puede comparecer en el mundo del Derecho. Es este un fenómeno jurídico ajeno por completo al Derecho español, en el que las dos formas comunitarias de la propiedad mantienen absoluta independencia e igualdad de rango en cuanto a sus efectos jurídicos, sin que el Ordenamiento jurídico exprese sus preferencias en favor de una u otra. Si hay que decir, no obstante, que el Código civil, al regular la comunidad (arts. 392 a 406) adopta sin titubeos el patrón romano de cuotas divididas idealmente. Pero en el propio Código, de forma un tanto subrepticia, y también en nuestras leyes civiles forales, hay abundantes ejemplos de pluralidad de titulares que la doctrina española -hay que reseñar que no unánimemente- y la jurisprudencia de la Dirección de los Registros coinciden en clasificar dentro del marco de la propiedad mancomunada. La aplicación concreta de la "gesammte Hand" germánica se ha hecho a instituciones determinadas tales como la comunidad hereditaria, la sociedad sin personalidad, la sociedad de gananciales y, en general, la comunidad matrimonial de bienes (que tiene tan diversas formas en los Derechos forales) la sociedad continuada aragonesa, la sociedad familiar gallega, el consorcio foral aragonés y la comunidad de pastos y leñas (CASTAN Y MARIN, op. cit. 2, 1ª; págs. 326 y 327).

Concurre, en Derecho español, una importante diferencia funcional entre el condominio romano y la propiedad en mano común, señalada por la doctrina continental europea - (v. CASTAN y MARIN, op. cit. 2, 1ª pg. 325) y que, sin em-

bargo, es extraña al Derecho inglés. En el nuestro representa lo que cabría denominar una distribución de zonas de influencia. El condominio se refiere, generalmente, a cosas individuales; cuando recae sobre un patrimonio no puede imaginarse más que considerando que cada parte del patrimonio cae en la división ideal por cuotas. La propiedad mancomunal, en cambio, se refiere ordinariamente a un patrimonio (herencia, patrimonio matrimonial, patrimonio social); puede, sin embargo, tener por objeto una cosa aislada cuando, por ejemplo, sólo se tenga una finca en propiedad.

De otra parte, la comparación estructural entre ambos Ordenamientos jurídicos en materia de comunidad de derechos inmobiliarios no se agota con los paralelismos estructurales reseñados más arriba. Hay también divergencias importantísimas que deben salir a la luz si, en nuestro análisis comparativo, no queremos dejarnos aspectos esenciales.

Lo que, en traducción solo aproximada hemos denominado derecho de acrecer (right of survivorship), que es la muestra más chocante de la enérgica vocación que en la cotitularidad mancomunal inglesa anida para su metamorfosis en propiedad singular, es desconocida en nuestro Derecho. En las modalidades españolas de propiedad en mano común antes enumeradas, el cotitular premuerto transmite su derecho a los herederos, de forma inmediata o aplazada a la extinción de la comunidad que, en algún caso, como el de la sociedad de gananciales, viene determinada por el hecho mismo del fallecimiento de cualquiera de sus cotitulares.

Hay, sin embargo, una excepción que no puede causar nos extrañeza a la vista del heterogéneo conglomerado de fi

guras adscritas al patrón mancomunal. En los aprovechamientos comunales de pastos y leñas, la participación que al comunero corresponde es inalienable e intransmisible a los herederos con lo que el derecho del premuerto acrece, de alguna manera, a los supervivientes. La posibilidad, no obstante, de que por este camino llegue a producirse la agrupación de derechos en un solo titular, que constituye la última consecuencia y principal razón de ser del derecho de acrecer en el Ordenamiento inglés, es muy remota ya que los comuneros constituyen colectividades sociales que se renuevan y en las que la condición de vecino de un determinado núcleo de población es requisito indispensable para ser admitido al aprovechamiento colectivo.

El genuino derecho de acrecer es, en nuestro Código civil, una institución netamente sucesoria, pero que agota su existencia antes de que nazca la comunidad hereditaria. Entre sus efectos se encuentra el de que ésta la integren unos u otros herederos o legatarios. Constituida efectivamente la comunidad hereditaria, entre sus partícipes ya no hay acrecimiento posible. En el Código civil español el derecho de acrecer está ampliamente admitido en el articulado regulador de la sucesión "mortis causa". De acuerdo con su concepto de facultad de recibir un heredero o legatario, que ha aceptado su parte, la porción vacante de otro copartícipe en la herencia o el legado, rige para la sucesión legítima y la testamentaria (arts. 981 a 987) y también para la intestada (art. 922). Por otra parte, no sólo habla nuestro Código de dicho derecho con relación a las transmisiones sucesorias (herencia y legado) sino también con ocasión de las donaciones conjuntas hechas a los cónyuges (art. 637) y de la retribución que también conjuntamente señale el testador a los albaceas (art. 908) (CASTAN TOBEÑAS, CASTAN VAZQUEZ, BATISTA y VALLET; op. cit.; 6, 2º; pág. 195).

Otras divergencias de mucho peso específico entre - las dos formas comunales inglesas y sus correspondientes especies hispánicas se producen en cuanto al régimen aplicable a su extinción.

Los criterios de recelo respecto a su estabilidad, temor ante eventuales discordias entre los copropietarios y consiguiente oposición a su supervivencia, con los que el Código civil, asumiendo una larga tradición de desfavor hacia los estados de indivisión, enfoca la regulación de la comunidad por cuotas, tiene fiel reflejo en la "actio communi dividundo" (art. 400) que, en todo momento, - está a disposición de cualquier comunero y en el carácter imprescriptible de la misma (art. 1.965 y s.t.s. de 8.6. 1945). Si la cosa es indivisible, el comunero tiene derecho a pedir la disolución de la comunidad mediante la adjudicación de aquélla a uno de ellos e indemnización a los demás o mediante su venta y distribución del precio - (arts. 401 y 404). La acción divisoria de la cosa común - está, generalmente, excluida de las varias modalidades de propiedad colectiva que, en nuestro Derecho, se ajustan al patrón mancomunal. A este respecto, la comunidad hereditaria, por ejemplo, constituye una excepción, ya que "ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia" (art. 1.051).

Tampoco el Derecho inglés hace mayores esfuerzos para que se consoliden las cotitularidades de bienes. Incluso en los casos de comunidad en mano común, los fiduciarios, según el régimen vigente y contrariamente a la norma general de nuestro Derecho, tienen potestad para efectuar la división con el consentimiento de los beneficiarios. Si alguno de éstos o aquéllos rehusan efectuarla, - cualquier interesado puede pedir que el Tribunal competen

te acuerde la división con o sin venta previa, según proceda. Además de esta posibilidad de división voluntaria -y -judicial supletoria- que, naturalmente, arrastra la división de la eventual comunidad por cuotas subyacente, hay otra vía para la división, previa disolución, que conveniremos en calificar de institucional. Efectivamente, los fiduciarios para venta pueden, en cumplimiento del mandato intrínseco a su función, transformar en dinero los bienes en situación de indivisión y repartir el precio entre los condueños.

La mayor libertad para la extinción de la cotitularidad mancomunal inglesa, que en su compleja regulación viene a ser un híbrido de los puros esquemas romano y germánico, es lógica consecuencia de su función más amplia y diversa que en Derecho español. Si se hubiere configurado como institucionalmente indivisible, su rigidez la habría hecho prácticamente inservible. *

- o - o - o -

Pasamos ahora a considerar los casos en que dos o más personas están facultadas para el aprovechamiento posesorio y simultáneo de una misma finca. La cotitularidad puede ostentarse sobre la pertenencia plena o sobre otro derecho real que faculte para el aprovechamiento de ella, como veremos más adelante. Al titular de un derecho real inmobiliario le puede estar atribuido tal aprovechamiento solo o conjuntamente con otras personas, y en ambos casos la facultad para entrar en posesión puede ser presente o futura.

Si la titularidad es individual se dice que el sujeto de la misma posee en exclusiva (severalty), pero si son varias las personas que tienen derecho simultáneo sobre el fundo su posesión es concurrente (concurrently). Como términos que, con significado análogo, se emplean para designar esta situación están los de condominio (co-ownership), cotitularidad de derechos (concurrent interests) y pertenencias y derechos en comunidad (estates and interests in community).

6.1. Comunidades en mano común (Joint Tenancy) y por cuotas (Tenancy in Common).

La comunidad en mano común existe siempre que el inmueble se adquiere "inter vivos" o "mortis causa" por dos o más personas, sin especificación de cuotas. Si un predio se transmite, por ejemplo, a A y B en pertenencia plena y absoluta, sin añadir palabra alguna especificadora ni determinativa, el Derecho considera que tal transmisión no puede significar otra cosa que la creación de una pertenencia igual y total para ambos adquirentes.

La comunidad por cuotas surge cuando una finca se transmite "inter vivos" o "mortis causa" utilizando términos expresivos de una intención, aunque sea rudimentaria (Robertson v. Fra

ser, 1871) de que los adquirentes perciban por partes "pro indiviso", o cuando, según veremos, se interpreta o entiende, en función de la Equidad, que es comunidad por cuotas lo que en Derecho común es comunidad en mano común o, por último, en el supuesto, sobre el que volveremos más adelante, de que un comunero en mano común disponga de su derecho en favor de un extraño o adquiera un derecho superior al de sus cotitulares. Se estima que hay voluntad de transmitir por cuotas si se utilizan expresiones tales como "para ser dividido con igualdad" (equally to be divided), "para ser dividido" (to be divided). "por mitades" (in equal moieties), "con igualdad" (equally), "entre" (amongst), "por iguales cuotas" (share and share alike), etc.

6.1.1. Indicaciones sobre su naturaleza jurídica.

6.1.1.1. Comunidad en mano común.

Los dos principales aspectos del régimen jurídico de la comunidad en mano común, que nos dan la clave de su naturaleza jurídica, son el derecho de acrecer y la regla de las "cuatro unidades".

- El derecho de acrecer (the right of survivorship).

Al fallecimiento de uno de los cotitulares, su derecho real inmobiliario pasa a los otros condueños en virtud del derecho de acrecer ("ius accrescendi" or right of survivorship) que ostentan los supervivientes. El proceso de acrecimiento continúa hasta que solo queda un titular, que se transforma en dueño en exclusiva (severalty). El derecho de acrecer es preferente a cualquier derecho sucesorio (testado o intestado) de los herederos del cotitular premuerto.

En Derecho común, las personas jurídicas podían ser comuneros en mano común con otras personas jurídicas pero no con personas físicas, ya que al no morir aquéllas éstas carecían del derecho de acrecer. A pesar de ello, el Parlamento promulgó en 1899 la Ley de Comunidad en Mano Común de las Personas Jurídicas (Bodies Corporate - Joint - Tenancy - Act) removiendo la precedente prohibición puesto que los Bancos y otras Instituciones venían asumiendo en la práctica el papel de fiduciarios, teniendo como cofiduciarios a personas físicas.

Los fiduciarios, supuesta su pluralidad, se constituyen siempre como titulares en mano común porque el derecho de acrecer refuerza y agiliza la eficacia del fideicomiso.

- Las cuatro unidades.

La unidad de posesión (unity of possession) implica que cada comunero es titular de la posesión de la finca en su totalidad (Bull v. Bull, 1955) característica de la que participan todas las modalidades de comunidad sobre bienes inmuebles.

La unidad de derecho (unity of interest) significa que el derecho subjetivo de todos los comuneros sobre el predio es el mismo en extensión, naturaleza y duración. Son consecuencia de este principio, la división igualitaria de los productos y rentas del predio y la imposibilidad de que exista comunidad en mano común entre titulares de derechos de distinta naturaleza o de diferente duración.

La unidad de título (unity of title) hace necesario que el derecho de todos y cada uno de los comuneros emane de un mismo título constitutivo sea cualquiera la naturaleza de éste.

Finalmente, la unidad de tiempo (unity of time), supone que el derecho de todos los comuneros debe adjudicarse al mismo tiempo, con la excepción en ciertos casos, de los derechos de propiedad en mano común constituidos en contratos de cesión fiduciaria (p. ej. transmisión en beneficio -"to the use"- del transmitente soltero y de su futuro cónyuge) y en testamentos (disposición sucesoria en favor de A como titular vitalicio y con derecho expectante en favor de los hijos de B, en mano común, los cuales adquieren su derecho a medida que van naciendo) según doctrina jurídica confirmada en las causas "Ruck v. Barwise", 1865 y "Doe - d. Hallen v. Ironmonger", 1803.

6.1.1.2. Comunidad por cuotas.

La naturaleza jurídica, profundamente diversa, de la comunidad por cuotas cabe sintetizarla también en dos aspectos básicos: la titularidad "pro indiviso" o por cuotas intelectuales y la unidad de posesión como única de carácter esencial.

- Titularidad indivisa (undivided shares).

En este tipo de comunidad, a diferencia de lo que rige para la comunidad en mano común, la cotitularidad es por cuotas indivisas o intelectuales. Es decir, cada uno de los condueños ostenta la titularidad de una cuota sobre propiedad "aún no dividida" (Fisher v. Wiggs, 1700). El derecho de acrecer no existe, por lo que al fallecer alguno de los copropietarios su cuota pasa a sus herederos testados o intestados.

- Unidad de posesión (unity of possession).

Las cuatro unidades, cuya existencia es obligada en la comunidad en mano común, pueden también concurrir en la comunidad -

por cuotas, pero de todas ellas la única que no puede faltar es la de posesión. El que la unidad de derechos no sea necesaria - permite que las cuotas sean desiguales cuantitativa (p. ej. 1/5 para un cotitular y 4/5 para otro) y cualitativamente (p. ej. - un titular vitalicio y otro en pertenencia plena, esta última como derecho presente, no futuro).

6.1.2. Pertenencias y derechos objeto de ambas formas de comunidad.

En general, antes de 1926, tanto las comunidades por cuotas como las mancomunadas, podían existir en Derecho común y en Equidad (es decir, como pertenencias legales o como derechos equitativos) y lo mismo como derechos presentes que futuros, abarcando por igual las pertenencias plenas y las menos plenas o arrendamiento real.

Después de 1925, la posición es sustancialmente la misma, si bien la comunidad por cuotas es inviable en Derecho común; - por ello, los derechos vitalicios y limitadamente heredables al ser sólo posibles en el ámbito de la Equidad, dan como resultado que las comunidades a ellos referidas solo pueden ser equitativas.

6.1.3. Constitución y régimen jurídico de las comunidades.

Para llegar a comprender plenamente el régimen jurídico de ambas clases de comunidades, especialmente en lo referente a su constitución, hemos de distinguir cuidadosamente entre pertenencias legales y derechos equitativos. Así puede ocurrir que en Derecho común A y B sean cotitulares en mano común, mientras que según la Equidad lo sean por cuotas. El efecto de la muerte de A sobre la comunidad en mano común es el de abrir camino a la titularidad unipersonal de B; en Equidad, sin embargo, la cuota

de A se transmite en función de su testamento o sucesión intestada. La complejidad y diversidad de intereses se armoniza, atribuyendo a B la pertenencia legal en fideicomiso para el mismo en cuanto a su cuota y en cuanto a la de A, también en fideicomiso, para los administradores-ejecutores de su herencia.

El tema objeto de este epígrafe ha de ser considerado en dos etapas históricas separadas por la fecha clave del moderno Derecho inmobiliario inglés: 1 de enero de 1926.

6.1.3.1. Régimen imperante hasta 1926.

En Derecho común, la presunción era favorable a la comunidad en mano común (Morely v. Bird, 1798) puesto que la doctrina del acrecimiento permitía al señor feudal abrigar mayores esperanzas de que las cargas o servidumbres personales por causa de muerte (v. 3, cap. II), al fallecer el último cotitular, fueran finalmente exigibles, preferencia por la que también se inclinaban el titular de la tenencia al ser una y no varias (tantas como condueños) las prestaciones personales no sucesorias que se debían.

Finalmente, la contratación, al tender los cotitulares a disminuir en virtud del derecho de acrecer, se simplificaba. Por estas razones, la regla era que si una finca se transmitía a dos o más personas quedaba constituida una comunidad de la pertenencia en mano común, a menos que una de las cuatro unidades faltase o fuesen utilizadas expresiones determinando por cuotas el derecho de los adquirente, aunque ésto fuese de una manera implícita o sobrentendida.

A pesar de las ventajas feudales y contractuales de la comunidad en mano común, la Equidad no se inclinó por ella, favoreciendo la comunidad por cuotas en función de la igualdad de trato y

certidumbre de derechos que la caracteriza, contrarios al elemento de suerte que acompaña el derecho de acrecer, el cual - era estimado "odioso según la Equidad" (Re v. Williams, 1735). Había, en suma, comunidad por cuotas en Equidad, en los siguientes casos:

- Si el precio en los contratos de compraventa era aportado en cuotas desiguales, circunstancia que inducía a que los compradores fuesen considerados dueños "pro indiviso", salvo prueba en contrario (Lake v. Gibson, 1729).

- Si dos o más cotitulares tomaban dinero en préstamo hipotecario, en partes iguales o desiguales, la Equidad presumía que - tales deudores eran titulares por cuotas, pudiendo liberar de cargas su propia parte (Morly v. Bird, 1798), presunción que - también admitía prueba en contrario.

- En cualquier clase de sociedad, el activo social, cuando era consecuencia de adquisiciones inmobiliarias, se consideraba como comunidad por cuotas (Lake v. Craddock, 1732). "Jus accrescendi inter mercatores locum non habet". La regla se extendía a toda adquisición inmobiliaria hecha con ánimo de lucro.

- En las vinculaciones que se constituían en virtud de capitulaciones matrimoniales (marriage articles), la comunidad se - presumía por cuotas si la idea comunitaria, aunque no hubiera fórmulas divisorias, aparecía como el fundamento de los derechos de la descendencia previsible; lo contrario hubiera supuesto una vinculación demasiado rígida e incómoda para el funcionamiento práctico de los derechos en cuestión.

6.1.3.2. Régimen imperante después de 1925.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925, en consonancia - con su finalidad principal, introdujo cambios sustanciales en

la materia. La comunidad de derechos sobre bienes inmuebles fué una de las instituciones jurídicas que más alteraciones sustanciales precisó.

Después de la indicada fecha, una comunidad por cuotas legal (a legal tenancy in common), aunque su constitución vaya acompañada de claras expresiones distributivas, no es admisible en Derecho común, pero sí en Equidad. Subsiste, pues, como único tipo legal viable la comunidad en mano común, y como tal se han de interpretar las comunidades por cuotas cuya constitución se pretenda sobre las pertenencias legales que, como bien sabemos, son únicamente posible en el ámbito del Derecho común. Los motivos de este radical giro legislativo, y de esta diferente dualidad de trato, son claros: la unidad de título que es esencial en la comunidad en mano común, simplifica la investigación del título del transmitente, a diferencia de lo que ocurre en la comunidad por cuotas, en las que la siempre difícil, complicada y arriesgada investigación se multiplica por el número de condueños.

Para obviar esta dificultad en la comunidad por cuotas, así como para simplificar el funcionamiento práctico de la comunidad en mano común, la Ley de 1925 acudió a la institución fideicomisaria, creando el fideicomiso estatutario o legal (the statutory trust) que en definitiva es un fideicomiso para venta (v. 1.4., parte II, cap. III) en cuya mecánica los fiduciarios ostentan la titularidad de la pertenencia plena como comuneros en mano común y sujetos a la indicada finalidad de venta para, a través de ella, hacer posible el funcionamiento práctico de la comunidad en mano común o por cuotas existente, distribuyendo los productos -rentas, frutos y capital transformado en dinero- entre los beneficiarios, que pueden ser ellos mismos si se trata de una comunidad en mano común propia, según proceda. La política de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, articulan-

do ambas formas de comunidad con el fideicomiso para venta, no tiene más excepción que las comunidades nacidas al amparo de la Ley de Propiedad Vinculada, también de 1925, como enseguida veremos. Las facultades de los fiduciarios comprenden la posesión de todos los productos y la posposición de la venta en lo que sea preciso para atender cumplidamente los derechos de todos los beneficiarios. La comunidad en mano común atribuida a los fiduciarios es sumamente rigurosa, hasta el punto de que, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho precedente, no podía, entre los fiduciarios en cuanto tales, transformarse nunca en comunidad por cuotas mediante "determinación de porciones" (severance). Naturalmente la doctrina de la consignación liberatoria (overreaching provisions) es aplicable en los términos ya conocidos a quien adquiere la pertenencia plena de manos de los fiduciarios.

La generalización del sistema del fideicomiso para venta, como instrumento jurídico al servicio del funcionamiento de ambas modalidades de condominio, ofrece ventajas tanto para los adquirentes eventuales de la pertenencia plena como para los condueños. Aquellos no se ven obligados a investigar el título de cada uno de los condueños ni resultan implicados por eventuales situaciones de incapacidad o resistencias a efectuar la transmisión por parte de alguno o algunos de ellos. Los condueños, por su parte, se benefician del sistema porque cualquiera que sea su número y circunstancias personales, la venta del inmueble es siempre posible sin dificultades ni gastos excesivos. Ninguno se perjudica por la pérdida de sus derechos sobre el inmueble en sí mismo puesto que los tienen sobre su equivalente monetario en productos y capital. Indudablemente el sistema de disfrute y división de la cosa común, con o sin venta previa, previsto en los artículos 398 y sgs. del Código civil español, es bastante menos ágil que el de fideicomiso para venta del Derecho inglés.

De otra parte, la pertenencia legal o plena no puede adjudicarse en comunidad en mano común a más de cuatro personas, - tanto si son fiduciarios para venta que amparan con su presencia y función los derechos equitativos de comuneros por cuotas, como si se trata de una comunidad en mano común en su propio - interés, en la que adoptan el doble y recíproco papel de beneficiarios y de fiduciarios para venta. La limitación numérica está establecida en preceptos legales de carácter general sobre el fideicomiso para venta y en normas específicas sobre ambos tipos de comunidad. No obstante, tratándose de comunidad en mano común propia, es decir la no meramente amparadora de una comunidad por cuotas, la aplicabilidad de la limitación numérica puede resultar dudosa.

6.1.4. Especialidades relativas a la propiedad vinculada.

Si dos o más personas son, conjunta y simultáneamente, titulares vitalicios de la pertenencia vinculada, su posición jurídica que a partir de 1926 se desarrolla siempre dentro del ámbito de la Equidad, varía según que su derecho se constituya según la modalidad de cuotas indivisas (undivided shares) o de comunidad en mano común (joint tenants).

En este segundo supuesto, o sea cuando la cotitularidad vitalicia se crea mancomunadamente, los cotitulares mayores de edad, constituyen, en conjunto, la figura del titular vitalicio (tenant for life) cuyo régimen jurídico se ajusta a lo establecido para ella en la Ley de Propiedad Vinculada de 1925 - (v. 1., parte II, cap. III), sin que haya lugar a la creación del fideicomiso para venta como instrumento de aplicación práctica de la conjunción de derechos existente. Pero si uno de ellos es menor, el o los otros cotitulares mayores de edad asumen la función legal del titular vitalicio de la pertenencia y

si todos están en situación de minoría de edad, la pertenencia legal y facultades anejas recaen en el dueño estatutario o legal (statutory owner) (v. 1., parte II, cap. III) hasta que el primero de los cotitulares alcanza la mayoría de edad. La finca, en todo caso, permanece en situación de vinculación estricta y no hay lugar a la constitución de un fideicomiso para venta.

Todos los titulares vitalicios en mano común han de concurrir al ejercicio de la facultad de venta y demás facultades integrantes de su peculiar estatuto jurídico. No se puede compelir a ello a un disidente, ni siquiera por medio de los Tribunales, a menos que actúe de mala fé (Re, 90 Thornhill Road, Tolworth, Surrey, 1970).

Ahora bien, si después de 1925, dos o más cotitulares por cuotas o coherederos son llamados a la titularidad vitalicia en una vinculación estricta, ésta de inmediato pierde tal condición y queda sujeta a un fideicomiso para venta, en su modalidad, a la que nos hemos referido más arriba, de fideicomiso estatutario o legal. Así, si un predio se vincula en favor de A vitaliciamente con derecho expectante para B y C por partes iguales (equal shares) como titulares vitalicios "pro indiviso" o por partes, y, finalmente, con derecho expectante a la pertenencia plena en favor de los hijos de B y C, cuando A fallezca el predio queda sujeto a un fideicomiso para venta, pasando a los fiduciarios la titularidad de la pertenencia legal y las facultades que les son propias, en interés de los beneficiarios del disfrute de la finca.

6.1.5. Extinción de comunidades en mano común y por cuotas.

Ambas clases de comunidad pueden extinguirse por división de la cosa común (partition) y por confusión de derechos en un

solo titular (union in a sole tenant). La comunidad en mano común también se extingue, si bien de modo imperfecto, por determinación de cuotas (severance) lo que la transforma en comunidad por cuotas.

6.1.5.1. División (partition).

Los condueños, tanto por cuotas como en mano común, pudieron siempre efectuar una división voluntaria, lo que descomponía su cotitularidad en titularides individuales cuyo objeto eran las partes resultantes de la división del inmueble. Sin embargo, en Derecho común, no había derecho a exigir la partición, excepto si se trataba de una comunidad nacida de herencia intestada (co-parcenary), es decir, de origen absolutamente involuntario.

Las Leyes de División (Partition Acts) de 1539 y 1540 - crearon el derecho a exigir la división en ambos tipos de comunidad y la que con el mismo nombre se promulgó en 1868, facultó a los Tribunales para ordenar la venta en lugar de la división en supuestos inspirados en criterios similares a los del art. 404 de nuestro Código civil. Tal era el caso de inmuebles en los que era muy inconveniente dividir, bien porque los gastos de la división excedían del valor de la propiedad o porque de la distribución de las casas resultaban partes inservibles para alguno de los ex-condueños (Turner v. Morgan, 1803, y - Earl of Clorendon v. Hornby, 1718).

Las Leyes de División están actualmente derogadas. En su lugar, la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 ha otorgado potestad a los fiduciarios para efectuar la división con el consentimiento de los beneficiarios. Si alguno de éstos o aquéllos rehusan efectuarla, cualquier interesado puede pedir que el -

Tribunal competente acuerde la división con o sin venta previa, según proceda.

6.1.5.2. Agrupación de derechos en un solo titular (union in a sole tenant).

Esta modalidad de extinción tiene en la comunidad en mano común una manifestación especial: el derecho de acrecer que conduce mediante un proceso de eliminación de condueños premuertos a una titularidad exclusiva. También puede haber extinción de comunidad, por agrupación de derechos, mediante transmisión de los mismos a un solo titular. En la comunidad por cuotas la transmisión se instrumenta como venta de éstas y en la comunidad en mano común mediante renuncia de derechos.

6.1.5.3. Determinación de cuotas (severance).

El Derecho común mitigó el elemento de incertidumbre que el derecho de acrecer aportaba a la titularidad mancomunada, facultando a los comuneros a transformarla en comunidad por cuotas, mediante la determinación o especificación de las mismas (Cray v. Willis, 1729). La voz inglesa "severance", en su sentido estricto, equivale a división, pero normalmente se usa para referirse al proceso en virtud del cual una comunidad en mano común da paso a una comunidad por cuotas. A estos efectos, se parte del principio de que si bien ningún condueño en mano común es, "de facto", titular de una cuota específica sobre el inmueble es, al menos, potencialmente dueño de una cuota indivisa.

Antes de 1926, la determinación de cuotas podía producirse como consecuencia de la adquisición, por uno de los condueños, de una pertenencia sobre el inmueble, diferente de la que era objeto del condominio y después de constituido éste. Así, si se

disponía de una finca en favor de A, B y C, como cotitulares vi talicios en mano común, con derecho expectante a la pertenencia plena en favor de C, supuesto que A adquiriese el derecho futuro de C, determinaba las cuotas y extinguía la comunidad. La falta en la unidad de título, que es esencial para la existencia de la situación de mancomunidad, originaba la extinción.

La transmisión "inter vivos" del derecho de uno de los comuneros en mano común extinguía la comunidad en cuanto a él, especificando su cuota en favor del adquirente, pero no ocurría lo mismo con el derecho de los demás condueños, respecto a los cuales la situación de mancomunidad subsistía. El resultado era lógico, puesto que se quebraba la unidad de título, lo que sucedía asimismo y con iguales efectos en los casos de quiebra de uno de los comuneros y de hipoteca de su derecho.

Otro supuesto de transformación de comunidad mancomunada en comunidad por cuotas, era -y es, puesto que se mantiene- el de homicidio de un cotitular mancomunado por otro. Nadie puede beneficiarse en Derecho de su propio crimen, reza uno de los principios jurídicos que informan el Derecho inglés. El homicida no puede beneficiarse del derecho de acrecer, por lo que se hace precisa la determinación de cuotas.

Después de 1925, una comunidad en mano común legal, es decir en el ámbito del Derecho común, no puede nunca transformarse en comunidad por cuotas de carácter legal, puesto que ésta, como sabemos, ha sido suprimida.

A las causas de determinación de cuotas que acabamos de ver, y que siguen vigentes, hay que añadir el requerimiento por escrito (notice in writing) que permite a los beneficiarios en mano común, con efectos puramente equitativos, poner en conocimiento de los demás y hacer efectivo su deseo de especificación.

El efecto de esta manifestación de voluntad consiste en la fijación de cuota para la distribución de los productos del inmueble y del capital resultante de su venta. Así, cuando en virtud de una disposición inmobiliaria, A, B, C, adquieren como dueños mancomunados, se crea una doble comunidad en mano común, legal y equitativa. La primera es indestructible pero los efectos de la segunda pueden soslayarse mediante el requerimiento escrito, creador de la cuota con vistas a la distribución proporcionalmente adecuada de los beneficios y del capital que en caso contrario irían, por efecto del derecho de acrecer, a incrementar el derecho de los supervivientes.

6.2. Comunidad hereditaria intestada (co-parcenary).

Ciñéndonos al sistema jurídico imperante antes de 1926, - constatemos que el origen de este tipo de comunidad se centra, en Derecho común, en supuestos sucesorios bastante concretos: - cuando los parientes más próximos del causante intestado eran - exclusivamente dos o más mujeres (p. ej. solamente hijas, pues de concurrir con algún hermano éste era normalmente el único heredero) o en el supuesto de igualdad hereditaria entre hijos de ambos sexos (gavelkind) (véase antes 3., cap. II) modalidad de "tenencia foral" peculiar del Condado de Kent. Estos coherederos (parcenars or co-parcenars), según el esquema del Derecho común, constituyen un solo heredero, no obstante ser varias personas. En su estatuto jurídico era esencial el derecho a la partición.

En cuanto a su naturaleza jurídica se asemejaba a la comunidad en mano común y a la comunidad por cuotas. Así, la regla de las cuatro unidades estaba normalmente presente, siendo los coherederos, a determinados efectos (transmisión de su derecho a los restantes coherederos a través de la renuncia) tratados mancomunadamente. Sin embargo, no existía el derecho de acrecer y la titularidad, en lo fundamental, se ostentaba por cuotas in

divisas. Su caracterización más apropiada está contenida en una sentencia: "no es una comunidad en mano común sino una comunidad por cuotas de naturaleza peculiar con algunas de las características de aquélla" (Mc Murray v. Spicer, 1868).

Se extinguía por división, transmisión de derechos y agrupación de los mismos en un solo titular.

A partir de 1926, y como consecuencia de predominar en ella el carácter de comunidad por cuotas, fué de aplicación a las existentes el sistema de Derecho transitorio de transformación en fideicomiso para venta, subsistiendo el derecho de los coherederos como simplemente equitativo y solo sobre los productos del inmueble y capital resultante de su venta.

Salvo en algún supuesto de carácter excepcional, este tipo de comunidad ha quedado abolido de cara al futuro, dada la mecánica de transmisión sucesoria "mortis causa" imperante con carácter general en el Dº inglés (v. 2., parte IV, cap. III).

6.3. Comunidad conyugal (tenancy by entireties).

A numerosos efectos, el Derecho común consideraba que marido y mujer constituían una sola persona. Así, cuando se disponía de un inmueble en favor de ambos cónyuges, sin especificación de cuotas, quedaba constituida una comunidad conyugal y no una comunidad en mano común, aunque el inmueble se transmitiera expresamente en forma mancomunada (Pollok v. Kelly, 1856). La comunidad conyugal era una comunidad en mano común no susceptible de determinación o especificación de cuotas (unseverable) - ya que éstas no tenían ni siquiera existencia virtual. De este modo lo tenía declarado una antigua sentencia: "entre marido y mujer no había mitades" (Marquis of Winchester's Case, 1583).

Si al tiempo de la adquisición "inter vivos" o "mortis causa" a favor de varón y mujer, aún no se había celebrado el matrimonio o el divorcio se había declarado, la adquisición era mancomunada y no conyugal (Thornley v. Thornley, 1893). Cuando la disposición era en favor de los cónyuges y de un tercero, existía comunidad conyugal entre los primeros y comunidad en mano común entre ellos y el tercero (Back v. Andrew, 1690).

La comunidad conyugal podía darse sobre cualquier tipo de pertenencia: plena, vitalicia, menos plena, etc. La unidad patrimonial que se creaba entre los cónyuges era tan sólida y completa que ninguno de ellos podía efectuar disposición alguna sin el consentimiento del otro. El superviviente quedaba como dueño único de la totalidad del inmueble; ni siquiera había distribución de productos acumulados durante la subsistencia del matrimonio (Chamier v. Tyrell, 1894), los cuales se atribuían al marido quien asumía las facultades de administrador de la comunidad.

La Ley de la Propiedad de las Mujeres Casadas (The Married Women's Property Act) de 1882, respetando las comunidades conyugales existentes en dicha fecha, prohibió su constitución futura. Por consiguiente, a partir de la indicada fecha, una disposición en favor de cónyuges, sin especificación de cuotas, equivale a la constitución entre ellos de una comunidad en mano común.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 ratificó el criterio de que marido y mujer, a efectos jurídico-patrimoniales, han de ser considerados como dos personas distintas. En cuanto a las pocas comunidades conyugales existentes a finales de dicho año, sin perjuicio de los derechos adquiridos (p. ej., los del marido a la totalidad de la renta durante el matrimonio), quedaron convertidas de inmediato en comunidades en mano común.

Las comunidades entre cónyuges, siempre en mano común cuando se trata de una pertenencia legal, tienen considerable importancia práctica cuando su objeto es la vivienda familiar. Si marido y mujer desean tener una vivienda en comunidad, pueden hacerlo constituyéndose dueños mancomunados de la correspondiente pertenencia legal sobre aquélla y creando un fideicomiso para venta, cuyos fiduciarios pueden ser ellos mismos. Sus derechos equitativos, al amparo de tal fideicomiso, pueden ser mancomunados o por cuotas. En la práctica, sin embargo, pueden llevarse a efecto compras de viviendas destinadas a habitación familiar sin que, internamente, los derechos respectivos de ambos cónyuges queden plenamente especificados. Sin entrar en detalles sobre el régimen aplicable a estas relaciones conyugales patrimoniales imperfectamente delineadas, ha de decirse que, cualquier aportación económica realizada por un cónyuge -aunque sea solo o el otro el que adquiriera la pertenencia legal- en forma de parte del precio, amortización de hipoteca, mejoras, se preserva, en Equidad, a favor del patrimonio personal del aportante, mediante un fideicomiso implícito (Gissing v. Gissing, 1971; Cowcher v. Cocher, 1972; Re Densham, 1975; Heseltine v. Heseltine, 1972, Falanen v. Falanen, 1970).

6.4. Copropiedad de los elementos comunes de edificios por apartamentos y de urbanizaciones privadas.

El problema que suscita la administración, uso y disposición de los elementos comunes de los edificios cuyos apartamentos son de propietarios diversos, así como la de los elementos comunes de las urbanizaciones integradas por viviendas unifamiliares también de dueños diferentes, tiene, en Derecho inglés, soluciones diversas que pueden ajustarse a alguno de estos tres patrones: sociedad de gestión (management company), fideicomiso (trust) y pactos recíprocos (covenants) (v. 4.2.2.1., parte III,

cap. III). El simple enunciado de esta gama de planteamientos es demostrativo de que el tema cae fuera del ámbito jurídico o de las formas genuinas de comunidad o cotitularidad de derechos del Ordenamiento inglés. No obstante, y dado el paralelismo que el problema tiene con el planteado y resuelto por nuestra Ley de Propiedad Horizontal de 21.7.1960, estimamos de interés conocer las soluciones inglesas.

De conformidad con el sistema de sociedad de gestión, el comprador de una apartamento o vivienda unifamiliar está obligado a adquirir una acción en la compañía encargada de gestionar los elementos comunes del inmueble o de la urbanización. Los Estatutos de la sociedad deben prever que ninguna persona tenga posibilidad de ser titular de tales acciones si al mismo tiempo no es dueña de algún piso o vivienda unifamiliar del inmueble o urbanización gestionado. Asimismo, tales acciones son estatutariamente indisponibles si no se transmiten simultáneamente al comprador del piso o de la vivienda, en unión de éstos. A su vez, la sociedad arrienda a los dueños de los pisos o viviendas el uso de los elementos comunes, de cuya administración se ocupa.

Cuando se acude a la constitución de un fideicomiso, el constructor o dueño inicial del conjunto inmobiliario transmite sus elementos comunes a dos, tres o cuatro fiduciarios elegidos de entre los compradores de las viviendas o apartamentos, los cuales, en virtud del fideicomiso, quedan obligados en favor de los restantes dueños individuales. El beneficio del fideicomiso comprende el uso de los elementos comunes, y es correlativo a la obligación de los fiduciarios de conservarlos a tal fin, haciendo frente a los gastos necesarios, previa contribución de todos los beneficiarios. Los actos dispositivos sobre la propiedad exclusiva de cada beneficiario han de llevar aneja la disposición de los beneficios del fideicomiso.

En los casos de pequeñas urbanizaciones puede convenir al promotor la retención de la titularidad de los elementos comunes, así como la responsabilidad de su conservación en buen estado de uso para los dueños de las viviendas. Esta obligación por parte del promotor, y la correlativa de sus compradores de contribuir a los gastos comunes, se asegura mediante pactos recíprocos formalizados en escritura solemne. El adquirente de un dueño de apartamento o vivienda debe ratificar y sobrogarse en las obligaciones y derechos contenidas para su transmitente en aquella escritura.

6.5. Comunidades medianeras (party walls).

En la normativa anterior a 1926, cuando una pared o muro separaba predios de distinto dueño podía ser propiedad exclusiva de uno de ellos o medianero. No existía una precisa definición legal de la expresión "muros medianeros" (party walls). Cuatro significados distintos eran posibles (Watson v. Gray, - 1880): a) comunidad por cuotas; b) propiedad dividida (divided) longitudinalmente en dos partes; c) propiedad dividida con servidumbre recíproca de apoyo en favor del dueño de la otra parte (divided with easements); d) dominio exclusivo sujeto a servidumbre (ownership subject to easement) de conservación.

La presunción era favorable a su consideración como comunidad por cuotas, especialmente si había evidencia de que cada condueño hubiese realizado actos de dominio sobre el muro en su totalidad (Watson v. Gray, 1880). Esta modalidad tenía el inconveniente de que cada condueño podía pedir la división, pero era menos desventajosa que la segunda, que permitía a cada condueño remover la mitad del muro, dejando una estructura que, a pesar de subsistir momentáneamente, podía no ser duradera. En el primer supuesto, ningún condueño podía demoler el muro, excepto para reconstruirlo con razonable prontitud (Cubbit v. Poster, 1828), ni impedir su utilización a los demás coronándo

lo, p. ej. de cristales rotos o con un tejadillo (Stechman v. - Smitg, 1857). No había presunción alguna en favor de las dos últimas modalidades, porque sólo podían ser establecidas probando adecuadamente la existencia de las correspondientes servidum -- bres.

La presunción favorable a la primera modalidad se aplicaba sólomente cuando la exacta situación del lindero común era dudosa o cuando el emplazamiento del muro era de propiedad común - (Wiltshire v. Sodford, 1827). Si el muro se alzaba exclusivamente en el terreno de los colindantes a él pertenecía en exclusiva, en aplicación del principio de que la propiedad de la pared era accesoria a la propiedad del suelo sobre el que se alzaba - (Jones v. Read, 1876). Podía ocurrir que en parte de su altura el muro fuera común y en parte exclusivo (Weston v. Arnold, - 1873).

Después de 1925, a menos que se pacte o disponga expresa -- mente lo contrario, todos los muros medianeros cuya titularidad se adapte a la primera modalidad parecen haber quedado sujetos, lo que resulta bastante anómalo, a un fideicomiso para venta - por aplicación de las normas generales sobre la materia. Por - consiguiente, pueden ser objeto de determinación de cuotas ("se vered vertically" dice la ley del Derecho de Propiedad, de 1925) y cada dueño goza de las facultades de uso y apoyo sobre la parte del otro en los mismos términos que si fuera dueño por cuotas del muro en su totalidad. El efecto práctico de esta norms es el de que todos los muros medianeros dejen de ajustarse al - primer patrón, pasando a incluirse en el tercero. En lo demás, el sistema de normas sobre la materia subsistió.

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

CAPITULO III

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS: MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO

PARTE III

DERECHO INMOBILIARIO COMERCIAL

EPIGRAFES 1 Y 2

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

MADRID, 1977

S U M A R I O P A R T I C U L A R

Capítulo III

Pág.

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS: MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO.

413

Parte III

DERECHO INMOBILIARIO COMERCIAL (commercial interests)

1. ARRENDAMIENTOS REALES (leasehold or term of years absolute).	416
* COMENTARIO	416
TRATADO	443
1.1. Nociones generales, terminología y cesión de derechos arrendaticios.	443
1.2. Caracteres básicos del arrendamiento real (essentials of a lease).	446
1.3. Constitución de los arrendamientos reales (creation of terms of years).	450
1.4. Clases de arrendamientos reales (types of leases and tenancies).	457
1.5. Derechos y obligaciones del arrendador y del arrendatario (rights and labilities of landlord and tenant).	463
1.5.1. Derechos y obligaciones a falta de pacto expreso.	464
1.5.2. Derechos y obligaciones derivados de pactos usuales (Usual Covenants).	470
1.5.3. Consideración especial de ciertos pactos acostumbrados.	472
1.6. Extinción de los arrendatarios reales (determination of tenancies).	480
1.6.1. Transcurso del plazo (expiry or effluxion of time).	481
1.6.2. Preaviso de desalojo (notice to quit).	481
1.6.3. Confiscación (forfeiture).	482
1.6.4. Confusión de derechos en el arrendador o renuncia del arrendatario (surrender).	488
1.6.5. Confusión de derechos en el arrendatario (by merger).	489
1.6.6. Transformación (enlargement).	489
1.6.7. Renuncia del arrendatario o abandono (disclaimer).	490

1.7. La estabilidad de los arrendamientos y el control de las rentas (security of tenure and control of rent).	491
1.7.1. Arrendamientos residenciales ordinarios (ordinary residential lettings).	492
1.7.2. Arrendamientos de inmuebles compartidos con el arrendador (lettings by resident landlords) y asimilados.	500
1.7.3. Arrendamientos a largo plazo (long tenancies).	504
1.7.4. Arrendamientos de locales de negocios (business tenancies).	508
1.7.5. Arrendamientos rústicos (agricultural holdings).	511
2. DERECHOS PERSONALES (AUTORIZACIONES O LICENCIAS) DE GOCE INMOBILIARIO (licences).	514
* COMENTARIO	514
TRATADO	522
2.1. Efectos entre autorizante y autorizado.	523
2.2. Efectos entre el autorizado y terceros.	527

./.

- - - - -

Parte III

DERECHO INMOBILIARIO COMERCIAL

(commercial interests)

- o - o - o -

En el comentario y texto introductivos a la parte II del presente capítulo, ya se hizo referencia a las dos grandes ramas -la familiar y la comercial- que nacen del tronco común del Derecho inmobiliario inglés. Nada que añadir a las consideraciones generales que el tema nos mereció ni a la amplia exposición que el apartado "familiar", en las varias instituciones que lo integran, ha recibido a lo largo de las páginas precedentes.

El calificativo comercial, considerado fuera de su contexto, fácilmente nos conduciría a una interpretación equívoca de su significado. No es sinónimo, en absoluto, de mercantil, según la acepción que este adjetivo tiene en nuestro Derecho en cuanto parte del mismo reguladora del comercio terrestre y marítimo.

Los "commercial interests" no caen dentro del ámbito del "Commercial Law". Este sí puede asimilarse a -- nuestro Derecho mercantil, pero aquéllos son instituciones civiles cuyo carácter comercial es muy genérico y rudimentario, sin que albergue en su seno significado alguno de relaciones jurídicas propias de una actividad

profesional especializada. En contraposición a un Derecho inmobiliario de marcado cariz autárquico, integrado por derechos reales en cosa propia, cuyos titulares son miembros, generalmente, de un mismo círculo familiar, - existe otro Derecho inmobiliario que se ocupa de regular las relaciones jurídicas que discurren, por lo común, fuera del ámbito de un mismo patrimonio familiar, a las que se configura como derechos reales en cosa ajena -- -afirmación que es válida incluso para los arrendamientos reales- y que constituyen la expresión jurídica de relaciones económicas entre patrimonios independientes. Esta idea de comunicación o trato es, en su raíz, netamente comercial.

- o - o - o -

Los modernos arrendamientos reales (leaseholds interests), en cuanto versión actualizada de las antiguas pertenencias menos plenas y de duración determinada o determinable (estates less than freehold), son considerados, por algunos autores, no derechos en cosa ajena sino derechos en cosa propia, no obstante la limitación temporal a la que están sometidos, a veces circunscrita a períodos extraordinariamente amplios. Establecen con ello una clara distinción entre esta figura jurídica y otras también catalogables en el ámbito -- del Derecho inmobiliario comercial, respecto a las cuales es evidente que las facultades que confieren son ejercitables -- sobre propiedades de "otro", puesto que se trata de facultades aisladas que no absorben como un todo homologado la plenitud de las facultades que integran la relación jurídica dominical. Tal sucede con las servidumbres de uso (easements), y de disfrute (profits), pactos limitativos del uso (restrictive covenants) e hipotecas (mortgages), que también son derechos reales de matiz comercial que se componen de facultades aisladas sobre bienes de terceros; abordaremos su estudio en esta parte, excepto el de la hipoteca, a la cual dedicaremos íntegramente el capítulo siguiente.

Entiéndase como dominio temporalmente limitado o como arrendamiento real, el "leaseholds interest" encabeza merecidamente el grupo de las que han de merecer nuestra atención en las páginas siguientes.

1. ARRENDAMIENTOS REALES (leasehold or term of years absolute).

- o - o - o -

En armonía con datos ya conocidos (v. 3, en general, y 3.2.4, en particular, del capítulo II), y tal como observa KIRKPATRICK ("Initiation au Droit Anglais", pág. 231. Bruselas, 1964), conviene recordar que esta modalidad de Derecho inmobiliario respondía, en sus -- orígenes, a preocupaciones puramente económicas, completamente extrañas tanto al espíritu feudal que constituyó el origen de la doctrina de las tenencias y pertenencias plenas, como al espíritu familiar que presidió la formación de derechos limitadamente heredables y pertenencias vitalicias. Por ello, los arrendamientos reales, en cuanto instrumentos de lucro, eran menospreciados por la aristocracia feudal.

Desde su más remoto pasado histórico hasta nuestros días, las transformaciones habidas en esta institución jurídica han sido muy profundas: su función aseguradora del crédito territorial -que ya nadie desprecia- ha pasado a un segundo, aunque importante, plano. Pero los cambios más significativos son los habidos en su naturaleza y función que la han llevado a ser un derecho de indiscutida trascendencia real, de eficacia jurídica reconocida al nivel máximo posible y que cumple una función económica propia en cuanto cauce para el pleno aprovechamiento de inmuebles ajenos.

Si aceptamos que la locución española equivalente a "leasehold interest" es arrendamiento real -lo que de bemos hacer con extraordinaria prudencia para evitar -- cualquier precipitada equiparación institucional-, esta mos prejuzgando, en cierto modo, su carácter de derecho real en cosa ajena, ya que la idea arrendaticia presupo ne, necesariamente, la existencia de una cosa pertene-- ciente a otro de la que disfruta quien no es su dueño.

Pero si preferimos rebautizar esta importantísima institución jurídica-real inglesa con el sobrenombre de dominio temporalmente limitado o contrato real temporal absoluto, está claro que optamos por configurarla como un derecho real en cosa propia, no obstante la limita-- ción temporal que pende sobre ella, referida, a veces, a períodos de tiempo extraordinariamente amplios.

Sostener a ultranza cualquiera de estas dos posi-- ciones doctrinales se nos antoja un bizantinismo, acti-- tud intelectual de la que es muy difícil hallar muestras en los textos jurídicos ingleses. Sus autores limitanse a dar cuenta, cuando lo hacen, de la indicada dualidad de planteamientos doctrinales, sin tomar partido por -- cualquiera de ellos o haciéndolo de manera superficial. Por nuestra parte entendemos que se trata de un derecho en cosa ajena, ya que cualquiera que sea su duración, in cluso multisecular, la facultad remanente de recuperar la integridad del poder jurídico en que consiste la per tenencia plena -soporte de la menos plena o arrendamien-- to real-, permanece en manos del arrendador o de sus -- herederos. Lo que pasa es que, dada la gran diversidad

de arrendamientos posibles en función de su duración, la virtud recuperatoria del derecho remanente del arrendador conoce grados de solidez muy diversos que van, en los arrendamientos de muy larga duración, desde un estado letárgico, económicamente irrelevante, a otros de potencialidad jurídica y valor económico casi pleno, propios de los arrendamientos de corta duración y no renovables.

La firme inclinación del Derecho inglés a servirse de sus instituciones jurídicas con fines distintos de aquéllos que le son propios según su naturaleza (negocios jurídicos fiduciarios u oblicuos), se manifiesta también en el ámbito de los arrendamientos reales. Sirven éstos, además de instrumento adecuado para transmitir las facultades de uso y disfrute sobre inmuebles, para garantizar la devolución de préstamos, según veremos en el capítulo dedicado al estudio de la hipoteca.

Dos son los elementos cuya concurrencia es obligada para que exista una relación arrendaticia real, sea principal o derivada (subarrendamiento). La exclusividad posesoria del arrendatario sobre el inmueble arrendado -con plena exclusión de terceros y en particular del arrendador-, es requisito básico para que determinado derecho inmobiliario pueda catalogarse como arrendamiento real. Si la posesión exclusiva de que hablamos aparece circunscrita a un período cierto de duración, determinado con arreglo a una de las varias modalidades usualmente admitidas, el núcleo central de la relación arrendaticia queda completo.

Es preciso insistir en el carácter real de la relación locativa, tal como ha plasmado, a través de un dilatado proceso histórico, en el Ordenamiento jurídico - inglés, ya que la pertenencia plena absoluta en posesión y la menos plena (arrendamiento o subarrendamiento real), son las dos únicas modalidades posibles de pertenencias legales subsistentes tras la audaz reforma inmobiliaria que vio la luz en 1925. Pero los arrendamientos reales sólo ostentan la condición de pertenencias legales, si reúnen los requisitos constitutivos exigidos por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925. En otro caso, estamos ante un derecho inmobiliario, también real, pero de eficacia meramente equitativa.

Los arrendamientos reales gozan de la superior eficacia de las pertenencias legales cuando se constituyen por plazo no superior a tres años, con independencia de que el vehículo constitutivo elegido sea la escritura - solemne, el documento privado o el pacto puramente verbal. Los de plazo superior también son pertenencias legales cuando se adopta como forma constitutiva la escritura solemne.

Por el contrario, un arrendamiento o promesa del mismo, por plazo superior a tres años, constituido en documento privado, crea un derecho equitativo, de conformidad con la doctrina acuñada en la causa "Walsh v. Lonsdale". El mismo arrendamiento o promesa, pactado verbalmente, confiere también un derecho equitativo, al amparo de idéntica doctrina jurisprudencial, si va acompañado de uno o varios actos de cumplimiento suficiente

del contrato por parte del arrendador. A falta de ellos, el arrendamiento equitativo que se crea es únicamente - anual, si va seguido de posesión y pago de la renta.

Entre los contratos que la doctrina española denomina traslativos del uso o disfrute, se incluye el --- arrendamiento de cosas, que tanto puede referirse a -- muebles como a inmuebles. En el arrendamiento de cosas -dice el art. 1543 del Código Civil- una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa -- por tiempo determinado y precio cierto. No conforme -- del todo con el concepto legal, ALBALADEJO (op. cit., II, 2º, pág. 118, Barcelona, 1975) opta por definir el . arrendamiento de cosa como contrato por el que una persona (arrendador) se obliga a proporcionar a otra (arrendatario), durante cierto tiempo, el uso o goce de una - cosa o derecho a cambio de una contraprestación cual-- quiera.

Prescindiendo, por el momento, de la contraprestación en cuanto elemento esencial del contrato de arrendamiento, salta a la vista la diametralmente opuesta - ubicación jurídica del arrendamiento real inglés y del hispánico arrendamiento de cosas inmuebles. A diferencia de aquél, éste es un simple contrato que engendra tan sólo derechos y obligaciones de carácter personal, eficaces únicamente "inter partes". Es esta una afirmación teórica que la realidad normativa de los arrendamientos de fincas pone a prueba, merced a un evidente desplazamiento de su régimen jurídico hacia el terreno propio de los derechos reales.

Es en el ámbito de los arrendamientos de bienes raíces, en general, donde se advierten claramente los primeros síntomas de este deslizamiento de criterio en cuya virtud el arrendamiento, sin convertirse en una figura jurídico real, queda equiparada a ella. Una temprana y muy ostensible manifestación de esta desnaturalización está contenida en los artículos 1.549 del Código Civil y 2, 5º de la Ley Hipotecaria, que sientan el principio de la eficacia de los arrendamientos inmobiliarios frente a terceros siempre que estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, lo que es factible para aquéllos que reúnan uno cualquiera de estos tres requisitos: haber sido pactados por una duración superior a seis años; que el arrendador haya recibido el anticipo de las rentas correspondientes a tres o más años o que las partes hubiesen convenido su inscripción.

Si de esta parcela jurídica pasamos a la de los arrendamientos prediales sujetos a legislación especial, hemos de convenir, de acuerdo con ALBALADEJO (op. cit. , pág. 161), que cuando se arrienda un inmueble con sujeción a la ley de arrendamientos urbanos (LAU) o a la de rústicos (LAR), el arrendador realiza un acto que (por los derechos que aquellas legislaciones otorgan a los arrendatarios y, muy principalmente, por las facultades de prorrogar a su voluntad el arrendamiento y de transmitirlo a otras personas) compromete de forma tan decisiva y grave el porvenir del inmueble y lo sustrae (generalmente por mucho tiempo) de modo tan acusado a la disponibilidad del arrendador, que tiene (tal acto) más importancia efectiva que si hubiese consistido en gravar

con un derecho real el inmueble en cuestión.

Los dos elementos básicos del concepto, tanto doctrinal como legal, del arrendamiento de cosas son, según antes vimos, tiempo cierto o determinado y precio - igualmente cierto o, más exactamente, contraprestación a cambio del uso o goce de la finca arrendada. La exclusividad posesoria, a diferencia de lo que ocurre en Derecho inglés, no es elemento esencial del poder que se concede al arrendatario. Ello es debido a la ya conocida diversidad de concepciones sobre la posesión patrocinadas por ambos Ordenamientos jurídicos. En el inglés, al ser la posesión un simple hecho no pueden ostentarla simultáneamente dos personas en virtud de títulos distintos. Sin embargo, en nuestro Derecho, la mayor riqueza del concepto de posesión, en su doble vertiente fáctica y jurídica, permite distinguir entre posesión mediata e inmediata. Esta, es decir, la del arrendatario, es la que se tiene sin mediación posesoria. La posesión mediata, que es la que se tiene, por mediación de la posesión de otro, presupone una relación jurídica entre el poseedor superior y el subposeedor (arrendamiento, entre otras varias figuras jurídicas) que concede al poseedor mediato (arrendador, en nuestro caso) una pretensión de entrega contra el mediador (arrendatario). Un sector de la doctrina española cobija bajo el artículo 431 del Código Civil -que distingue entre posesión en nombre propio y posesión en nombre ajeno-, la aludida distinción entre posesión mediata e inmediata (CASTAN, op. cit; 2º, 1º; págs. 475 a 477).

A la inversa, el precio, que es sólo elemento natu

ral y no esencial del arrendamiento real inglés, tiene, en el arrendamiento de cosas configurado en nuestras leyes, un papel insustituible.

La prestación a que se obliga el arrendatario se -- llama precio (o renta o merced) y, por lo general, con-- siste en pagar periódicamente una renta en dinero mien-- tras dura el arrendamiento. Así, pues, el precio suele - ser: 1º en dinero; 2º proporcional al tiempo de dicha du-- ración. Pero no es de esencia ni lo uno ni lo otro, sino que puede consistir en cualquier prestación o contrava-- lor; y éste debe entenderse en el más amplio sentido, de ser dinero o no, y lo mismo una renta que un capital a - entregar incluso de una sola vez. También es esencial -- que lo que se pague como precio lo sea en concepto de -- contrapartida del uso y disfrute de la cosa, con lo que quedan excluidos del arrendamiento de fincas, entre otros, los contratos en que el dueño de una vivienda cede gra-- ciosamente su uso, obligándose el cesionario a pagar toda clase de reparaciones, contribuciones, suministros, - incluso los que normalmente habrían de prestarse a cargo del arrendador.

Casi al comienzo de este comentario hemos dicho que una relación arrendaticia real tanto puede ser principal como derivada (subarrendamiento). Sin perder su carácter de principal, cabe la posibilidad de que el derecho del arrendatario real sea originario o, como consecuencia de un traspaso, subrogado. Existe traspaso cuando el cesio-- nario recibe un derecho de idéntica duración al del arren-- datario-cedente y la totalidad de las facultades integran--

tes de ese derecho. Por ello, cuando el arrendatario, - aun realizando lo que él considere un traspaso de su de recho, se reserva la facultad remanente de recuperarlo de alguna manera o en alguna circunstancia, no hay tal traspaso sino subarriendo. El principio es igualmente - válido a la inversa: aunque una cesión tenga la apariencia de un simple subarriendo, si el transmitente no re- tiene facultad alguna de las que integran el derecho -- transmitido y éste se cede en la plenitud de su duración temporal, estamos ante un supuesto típico de traspaso y no ante un subarriendo.

En nuestro Derecho, generalmente, y salvo lo que - pueda disponer la ley para hipótesis especiales, el con trato de arrendamiento de cosas es transmisible. Ahora bien, en principio, su cesión requiere no sólo el acuer do entre cedente y cesionario, sino también el consentim iento de la otra parte que está ligada con el cedente por el contrato de arrendamiento. También, en general -y omisión hecha de lo dispuesto por las leyes especiales-, el Código permite el subarriendo (total o parcial) de - la cosa arrendada (art. 1550). Su naturaleza es la de - un nuevo contrato que en nada altera el contenido del - arrendamiento originario. Como nos recuerdan CASTAN y - CALVILLO (Derecho civil español, común y foral; IV; -- págs. 388 y siguientes. Madrid, 1969), los autores han discutido largamente acerca de las diferencias que exis ten entre el subarriendo y la cesión de arrendamiento o traspaso. En principio, la distinción es clara. El -- subarriendo es un arrendamiento, es decir, una conven-- ción de igual naturaleza que el primitivo contrato, y -

el traspaso la cesión del contrato hecha por el arrendatario a un tercero. Aquél implica un contrato de tracto sucesivo; ésta, un contrato de simple tracto. Aun cuando se pretende que las diferencias entre ambas instituciones se desdibujan en la práctica, realmente -añadimos no nosotros, valiéndonos de un criterio de Derecho inglés- en el traspaso o cesión el arrendatario pierde todo papel contractual, se margina íntegramente de la relación locativa que le atañía, cosa que, indudablemente, no ocurre en el subarriendo. El otro criterio básico del Derecho inglés (la menor duración del subarriendo) no es, sin em bargo, transplantable a nuestro régimen jurídico locativo.

Cuando el arrendatario (lessee) se obliga a edificar sobre el terreno que le ha sido arrendado, el contrato - se denomina "building lease" o "ground lease". Según nos describen esta modalidad arrendaticia real KIRKPATRICK (op.cit., pág. 232) y RUBINSTEIN (Iniciación al Derecho inglés; pág. 167. Barcelona, 1956), a la terminación del contrato ha de restituírse el solar, con el edificio en él construido, a los sucesores en el título del primitivo arrendador (dado lo dilatado del plazo que se suele pactar) sin que el arrendatario (o sus herederos) tengan derecho a indemnización alguna. En esta clase de arrendamientos reales se conviene, por lo general, exención de todo pago de renta durante los cinco primeros años, a lo largo de los cuales el arrendatario ha de hacer frente a los gastos de construcción.

Esta modalidad arrendaticia inglesa es claramente - parangonable al derecho real de superficie urbana que --

nuestro Ordenamiento jurídico admite y regula, en forma fragmentaria y dispersa, a través de varias disposiciones legales. El derecho real de superficie, nos dice AL BALADEJO (op. cit., III, 2º; pág. 207), es el poder de tener edificación (o plantación) en terreno ajeno, o -- bien el de levantar y mantener aquélla en éste. En el -- Código civil sólo hallamos alguna débil referencia a la institución, contenida en el párrafo tercero del artículo 1611, que se limita a mencionarla. La Ley Hipotecaria se refiere al derecho de superficie en el artículo 107,5º, donde reconoce la posibilidad de hipotecarlo. -- Por su parte, el Reglamento Hipotecario reformado el 17 de marzo de 1959, regula la inscripción del derecho de superficie urbana (art. 16,1º). Finalmente, la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (texto refundido de 9-4-1976) se ocupa, con cierta amplitud (arts. 171 a 174), de la regulación de este derecho a los efectos de promover la construcción de viviendas. Al examinar, muy someramente, los aspectos más notables del régimen jurídico-urbanístico del derecho de superficie, -- apreciamos relevantes concomitancias con la normativa -- paralela del Derecho inglés. Son éstas: 1ª obligada solemnidad de su constitución, planteada en términos aun más rigurosos en nuestro Derecho que en el inglés, dado que se precisa escritura pública e inscripción registrada, como requisitos constitutivos de eficacia; 2ª dilatados períodos de existencia, a los que el legislador más moderno ha asignado la función de tope (75 años en el concedido por el Estado y demás personas públicas y 99 en el convenido entre particulares, plazos que se contradican con el de los 50 años como máximo que fija el Regla.

mento Hipotecario, todo ello sin perjuicio de eventuales derechos de superficie de duración indefinida al amparo del artículo 1655 del Código civil); y 3ª, su extinción por decurso del término pactado, ocurrido lo cual el -- dueño del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que por ello deba satisfacer indemnización alguna.

La más importante clasificación de los arrendamientos reales, la que impone cierto orden en el vasto y multiforme conglomerado de modalidades que pueblan el amplio territorio reservado a esta institución jurídica, es la que gira en torno a los sistemas para determinar su duración. En base a este criterio distínguese entre arrendamiento a plazo fijo; arrendamientos de año en año, semanales, mensuales y de otras duraciones periódicas (que se caracterizan por su renovabilidad por plazos iguales al pactado, en virtud de acuerdo expreso o tácito de --- arrendador y arrendatario); arrendamientos de duración indeterminada (tenancy at will), pero determinable a voluntad de cualquiera de las partes contratantes; y arrendamiento simplemente tolerado o en precario (tenancy at sufferance), que entraña el mantenimiento de una situación posesoria ya extinguida sin que el dueño asienta o disienta.

La idea de un arrendamiento perpetuo está institucionalmente excluida, según antes vimos, del régimen jurídico aplicable a tal contrato en nuestro Derecho. Su duración ha de ser temporalmente limitada, sin que sean usuales plazos tan dilatados como los que, con toda naturalidad, se manejan en Derecho inglés. Siguiendo a ALBA-

LADEJO (op. cit.; II, 2º; págs. 127 y siguientes), podemos distinguir entre arrendamientos por tiempo determinado ya, es decir, al contratar; por tiempo determinable, generalmente por voluntad de alguna de las partes o de un tercero; y por tiempo indeterminado o indefinido, que existe mientras una de las partes no decida ponerle fin y que es válido siempre que no entrañe posibilidad de -- que una de ellas pueda imponer indefinidamente la relación locativa a la otra. Aunque no hay exacta correlación entre ambas clasificaciones (la española y la inglesa), puede afirmarse que una y otra son sustancialmente equivalentes, puesto que ambas se inspiran en un mismo concepto: la certeza del período entendida como exclusión de toda idea de perpetuidad pactada o unilateralmente impuesta.

El arrendamiento real puede nacer como una manifestación de la doctrina de los actos propios, que es la -- expresión castellana que confronta, aproximadamente, con la regla inglesa del "estoppel". En el Derecho inglés, -- nos ilustra DIEZ-PICAZO (La doctrina de los propios actos; pág. 61 y siguientes. Barcelona, 1963) una idea semejante a la que se expresa, entre nosotros, bajo la rúbrica de que "nadie puede venir contra sus propios actos", ha encontrado consagración a una institución de perfiles muy acusados y de gran interés: la llamada doctrina del "estoppel". "Estoppel" significa, etimológicamente, estorbo, impedimento, obstáculo, detención. En un sentido técnico, con el nombre de "estoppel" se conoce aquella -- doctrina según la cual, dentro de un proceso, una persona está impedida para hacer una alegación --aunque sea --

cierta- que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta.

Lo que ocurre es que, de acuerdo con la labor in-vestigadora del Derecho anglosajón a cargo del propio -DIEZ-PICAZO y de PUIG BRUTAU (Estudios de Derecho Compa-rado. La doctrina de los Actos Propios; págs. 97 y si-guientes. Barcelona, 1951), es preciso distinguir tres especies principales de "estoppel": a) "estoppel by re-cord", equivalente a nuestra doctrina de la cosa juzga-da; b) "estoppel by deed", equivalente a la veracidad -que se desprende de una escritura o documento público; y c) "estoppel by facto in pais" equivalente a nuestra doctrina de los actos propios. Resulta, pues, que el -concepto de "estoppel" es sencillamente más amplio que nuestra indicada doctrina.

En el marco de esta última modalidad de "estoppel" se encuadra aquélla de sus manifestaciones que da lugar a la creación de un arrendamiento real, en virtud de la conducta contractual (que contemplamos más extensamente en el texto) de un sedicente arrendador que luego adquiere efectivamente tal condición. También en base a esta misma clase de "estoppel" el arrendatario, tal como nos recuerda DIEZ-PICAZO (op. cit.; págs. 76 y 77), no pue-de discutir el título jurídico del arrendador y de su -causante, ya que el suyo propio deriva de un acto de colaboración con éste, por lo que discutir su título es -ponerse en contradicción con su propia conducta. Algo -parecido ocurre en nuestro Derecho en la parcela reser-vada a la doctrina de los actos propios en cuanto ins-trumento para bloquear la impugnación de negocios jurí-dicos irregulares, cuando el pretendido impugnador ha-

ejecutado voluntariamente dicho negocio o de cualquier -
otra manera ha prestado, con sus actos, aquiescencia al
mismo, que puede ser un contrato de arrendamiento. Lo -
que pasa es que el radio de alcance de esta peculiar apli-
cación de la doctrina de los actos propios ha pasado a -
un segundo plano subsidiario para cuando no sea posible
acudir, por no cumplirse todos los requisitos, a la con-
firmación de negocios anulables o a la convalidación y -
ratificación de negocios nulos (v. DIEZ-PICAZO; op. cit;
págs. 170 y siguientes).

El estatuto jurídico de arrendador y arrendatario -
se desarrolla en varios planos que consideraremos sucesi-
vamente.

En un primer plano, siempre que el arrendamiento -
real quede constituido en firme -no como una sumple pro-
mesa o precontrato- y no mediando pacto expreso sobre -
los derechos y obligaciones de los contratantes, el esta-
tuto jurídico de éstos es muy somero y elemental. El -
arrendador tiene la obligación de proporcionar al arren-
datario un disfrute pacífico del inmueble, evitándole -
perturbaciones propias o de tercero que traigan causa de
él. En particular, y como una sutil manifestación de es-
te deber, está obligado a no disminuir el contenido del
derecho concedido, absteniéndose de realizar actividades
ajenas al predio arrendado, pero que podrían mermar el -
valor de su aprovechamiento. También tiene obligación de
adecuar y reparar en ciertos términos, con su manifesta-
ción moderna (Ley de Casas Defectuosas de 1972) de cons-
truir idóneamente -cuando se edifica, como hacen los Muni-
cipios, con vistas a arrendar- y de prevenir daños materia

./.

les y personales que pudiera causar el inmueble.

La principal obligación del arrendatario -seguimos enfocando sólo el referido primer plano- es la de conservar el inmueble y la de afrontar todas las responsabilidades fiscales que no sean de cuenta exclusiva del arrendador. Entre sus derechos, amén del aprovechamiento de la finca, se incluyen los de proveerse de madera y leña para usos propios, cosechar ciertos frutos pendientes al extinguirse el contrato y retirar, asimismo al finalizar éste, determinados inmuebles por incorporación y destino (fixtures), o bien ser indemnizado de su valor por el -- arrendador.

Pasando al segundo de los planos en los que se desarrolla el estatuto jurídico de arrendador y arrendatario, nos encontramos ante los casos en que precontractual o - contractualmente se conviene sumisión expresa a los pactos usuales o en aquéllos en que precontractualmente no se hace referencia alguna al contenido del contrato. En todos estos supuestos, el estatuto jurídico de ambas partes se integra por los pactos usuales (que el uso ha convertido en norma), algunos de los cuales se consideran - siempre tales y otros lo son o no en función de las circunstancias concurrentes en cada contrato. Entre los primeros se cuentan, por parte del arrendador, la obligación de garantizar el pacífico aprovechamiento del predio y - facultad de desahucio o confiscación por falta de pago - de la venta, y por la del arrendatario, pagar la renta - (obligación que hace su aparición por vez primera en este segundo plano), pagar los impuestos correspondientes

a su condición, conservar, reparar y entregar el inmueble al extinguirse su derecho y autorizar visitas de inspección a los efectos de controlar el cumplimiento de la -- obligación de conservar.

De la mano de las cláusulas o pactos acostumbrados, que son aquéllos que es muy frecuente incluir en los contratos arrendaticios reales -y que no excluyen sino que adicionan o modifican el paquete de derechos y obligaciones constituido por los pactos usuales, con los que, a veces, se superponen-, pasamos a ocuparnos del tercer plano de los que se compone el estatuto jurídico de arrendador y arrendatario. Cuéntanse entre tales pactos el pago de la renta, que puede fijarse en metálico u otros bienes fungibles e incluso en servicios personales y cuyo -impago puede sancionarse con desahucio o confiscación -- arrendaticia, sin perjuicio de la ejecución privada (distress) o procedimiento que autoriza al arrendador para -ocupar y vender, por su propia autoridad, bienes en cantidad suficiente, que haya en el inmueble, para el pago -de aquélla. Otro pacto acostumbrado frecuentemente, por -citar un segundo ejemplo, es el que prohíbe al arrendatario el traspaso, subarriendo o cualquier otra cesión de la posesión. Si la prohibición es absoluta, el pacto es eficaz a ultranza, pero si el pacto prohibitivo es meramente cualificado -es decir, si incluye la expresión -- "sin consentimiento del arrendador"-, no cabe negarlo -- irracionalmente, pudiendo los Tribunales conceder el permiso que el arrendador rehuse dar sin motivo suficiente. También son pactos acostumbrados el que obliga al arren-

datario a hacer reparaciones, el que le prohíbe realizar mejoras sin consentimiento del arrendador, el que le -- echa la carga de asegurar el inmueble contra el riesgo - de incendios, etc...

Es oportuno recordar aquí algo que ya dijimos cuando por vez primera, en este comentario, nos referimos al traspaso y al subarriendo. Generalmente -sin perjuicio - de lo previsto en leyes especiales: por ejemplo, derecho de traspaso de los arrendatarios de locales de negocio-, en nuestro Ordenamiento, un arrendatario de cosas (in-- cluidas las fincas) no puede traspasar sin autorización del arrendador, mientras que su "colega" inglés, el -- arrendatario real, puede hacerlo salvo pacto expreso en contrario. Probablemente, esta diversidad de régimen es consecuencia de sus respectivas naturalezas jurídicas, - obligacional y real. En materia de subarriendos, no obs-- tante, las soluciones son sustancialmente coincidentes. Y es que con el subarriendo, el arrendatario no dispone de su derecho sino que crea otro en base al mismo, sub-- sistiendo, por tanto, sus obligaciones. Por ello, tampo-- co entre nosotros -y salvo pacto en contrario- requiere previa autorización para celebrar este contrato.

En síntesis muy afortunada ALBALADEJO nos recuerda - (op. cit.; II, 2º; pág. 132) que las obligaciones que del contrato de arrendamiento de cosas nacen básicamente pa-- ra las partes, son: a cargo del arrendatario pagar el pre-- cio; a cargo del arrendador, la de proporcionarle el uso y goce de la cosa. Obligaciones que, naturalmente, son - derechos para la parte contraria. En torno a tales obli--

gaciones esenciales existen otras que las completan y aseguran. Antes de desmenuzarlas un poco, conviene advertir que, a excepción de aquéllas, las demás que establece la ley pueden suprimirse por voluntad de las partes.

Son obligaciones del arrendador: entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato; conservarla, realizando las reparaciones necesarias para su aprovechamiento, lo que en caso de incumplimiento puede realizar el arrendatario por su cuenta; y mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa por todo el tiempo del contrato, evitándole, en consecuencia, toda perturbación proveniente de él mismo y de terceros que traigan causa suya.

Por su parte, sobre el arrendatario gravitan, principalmente, estas obligaciones: pagar el precio del arrendamiento, que como sabemos consiste, generalmente, en una renta periódica; usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada, según costumbre de la tierra; - notificar al arrendador toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o prepare en la cosa arrendada y la precisión de toda reparación necesaria y devolver la cosa al concluir el arriendo, tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable.

El primer plano del estatuto jurídico arrendaticio inglés es, en esencia, coincidente con el núcleo elemen-

tal de obligaciones y derechos que atañen a nuestros arrendadores y arrendatarios, con la paradójica excepción del pago del precio, que no es obligación del arrendatario - inglés -no obstante su condición de titular de un derecho real sobre el predio arrendado-, a menos que las circunstancias concurrentes en la contratación permitan dar entrada al régimen de los pactos usuales.

El arrendatario inglés tiene, dentro del marco de - los pactos usuales, obligación de reparar el inmueble. - Cuando uno de los pactos acostumbrados, cuya misión es - matizar, puntualizar y completar los usuales, se refiere a esta obligación, ha de estarse a dicho pacto especial, ya que la obligación de conservar y reparar es muy genérica y quienes contratan suelen sentir la necesidad de precisarla.

En relación con el juego complementario de pactos - usuales y acostumbrados, se ha de decir que el Derecho - inglés no ve con buenos ojos la conducta de quienes se - obligan en firme y, sin embargo, omiten precisar sus respectivos deberes y derechos. Para ellos la ley reserva - un núcleo mínimo de pactos implícitos. Y, como acertadamente recuerda RUBINSTEIN (Iniciación al Derecho inglés; págs. 169 y 170; Barcelona, 1956), si se omite algún pacto (covenant) importante que dé origen a un pleito, los Tribunales no pueden añadir condición alguna que estimen que tendría que haberse incluido en el contrato de "lease", por más razonables que sean. Por ello, casi siempre (pero no siempre) el primer pacto es el relativo a la renta.

Cuando el arrendamiento termina, el arrendatario tiene obligación, de acuerdo con nuestro Ordenamiento jurídico, de devolver la finca al arrendador. Tal devolución -- consiste en desalojarla y reintegrar al arrendador la posesión. Para el efectivo cumplimiento de esta obligación, puede solicitarse, genéricamente, el amparo de los Tribunales. En ciertos casos, el arrendador puede utilizar un procedimiento judicial de especial brevedad, llamado desahucio (o lanzamiento). Está regulado en los artículos 1561 a 1608 de la Ley de Enjuiciamiento civil y el 1569 - del Código civil. Son causas de desahucio no sólo el haber expirado el término convencional, sino también la falta de pago, el tener la finca en precario sin pagar renta, infracción de cualquier condición contractual y destinar la finca a un uso no pactado que la haga desmerecer o -- usar de ella sin la diligencia propia de un buen padre de familia.

La institución inglesa que guarda un cierto paralelismo con nuestro desahucio, más adjetivo que sustantivo, es la confiscación (forfeiture). Puede basarse en alguna - de estas causas: condición resolutoria o cláusula confis-catoria expresa, incumplimiento de contrato si la o las - obligaciones del arrendatario se redactan adecuadamente - para que tengan efecto resolutorio real en caso de incum-plimiento (es decir, condición resolutoria que no ha de - ser necesariamente expresa, como la primera causa mencio-nada) y desconocimiento o denegación del derecho del arrendador. El procedimiento confiscatorio puede tramitarse -- con el respaldo de un decreto judicial de carácter poseso-rio o a través de la insólita variante -absolutamente des-

conocida en nuestro Derecho- de tomarse el arrendador la justicia por su mano, lo que ha de hacer con muchísimo -tiento (actos pacíficos y respecto a inmuebles no habita dos) si no quiere incurrir en responsabilidad criminal. La oportunidad ofrecida al arrendatario de enervar la -- confiscación es muy generosa. Llega más lejos que la facultad enervatoria reconocida a los arrendatarios en los arrendamientos urbanos regulados por nuestras leyes espe ciales, ya que puede solicitarse hasta seis meses después de que el arrendador recupere la posesión de la finca -- confiscada.

El problema de la escasez de inmuebles y la necesidad de normas arrendaticias especiales para ellos tenden tes a garantizar estabilidad en su disfrute y moderación en su renta, son realidades palpitantes en un país como Inglaterra, densamente poblado y no sobrado de recursos territoriales.

Un primer apartado relativo al régimen locativo de las viviendas es el constituido por los llamados arrenda mientos residenciales ordinarios, que comprende el de ca sas o partes de ellas arrendadas como viviendas separa-- das, sin perjuicio de la amplia lista de excepciones pre vistas en las leyes de Rentas de 1968 y 1974. El control de rentas, en cuanto primer aspecto de la protección dis pensada a estos arrendamientos, varía según que el arren damiento sea "regulado" (regulated) o "controlado" (con- trolled). Estas son más bajas que aquéllas y se fijan en función del valor locativo del inmueble en el año 1956, sufragando el arrendador el coste de todas las repara cio nes y seguros. Su actualización, a través de disposicio nes y seguros. Su actualización, a través de disposicio nes y seguros.

nes de carácter general, se hace en función del referido módulo. El nivel de las rentas controladas es sencillamente inferior al mínimo que los propietarios estiman remunerador para su capital inmobiliario, por lo que hay un progresivo deterioro en la situación de las viviendas sujetas a dicho régimen arrendaticio. Se trata de paliar esta situación mediante una progresiva transformación de las viviendas controladas en reguladas. Rige respecto a estas últimas la denominada "renta justa" que fija un --funcionario especializado (Interventor de la Renta) y --que es apelable ante un órgano colegiado (Comité de Valoración de la Renta).

La estabilidad arrendaticia se alcanza enervando la aplicación de las causas generales de extinción de los --arrendamientos. Al arrendamiento pactado sigue un arrendamiento estatutario o legal del que, en caso de fallecimiento del arrendatario, se beneficia el cónyuge viudo o familiar que con el viviere al producirse el fallecimiento. La subrogación "mortis causa" puede producirse hasta dos veces.

Para que cese la protección dispensada por la pró--rroga legal es preciso que concurren alguna de las "bases para recuperar la posesión": inquilino que disponga de --otra vivienda adecuada, impago de la renta, necesidad de la vivienda por parte del arrendador, etc...

El segundo grupo de viviendas sujetas a régimen arrendaticio especial lo constituyen aquéllas que forman parte de inmuebles que comparten el arrendador y el arrendatario y otras que la ley asimila a éstas. El control de

las rentas lo realiza, con una discrecionalidad aún mayor que la usada por el Comité arriba mencionado, el Tribunal de Rentas, órgano administrativo especializado en este menester. El Tribunal, cuando se acude a él, lo que se hace a través de un procedimiento sumamente informal, puede aprobar la renta previamente pactada, reducirla a la cantidad que juzgue razonable en función de las circunstancias o declararse incompetente.

La estabilidad arrendaticia dispensada a los inquilinos de este grupo entra dentro del terreno de lo discrecional y es sensiblemente menor que la prevista para los arrendamientos residenciales ordinarios. El requerimiento de desalojo puede ser enervado mediante instancia al Tribunal de Rentas, lo que concede una continuidad posesoria de seis meses. Pueden obtenerse sucesivas prórrogas de igual duración, indefinidamente, pero en la práctica los Tribunales son reacios a conceder prórrogas muy dilatadas.

La vulnerable posición económica de los arrendatarios de locales de negocio frente a una interrupción súbita e injustificada de sus derechos locativos, provocada por el arrendador, se ha estimado merecedora de protección por la Ley de Arrendador y Arrendatario de 1954 y la Ley del Derecho de Propiedad de 1969. La estabilidad arrendaticia se consigue a través de las decisiones de un Tribunal que reconoce el derecho del arrendatario a la renovación del contrato -nunca por plazo superior a 14 años-, a menos que el arrendador pueda apoyarse en alguna de las bases de oposición especificadas en la ley.

Un nuevo arrendamiento supone la fijación de una nueva -
renta, para lo cual también tiene competencia el Tribu--
nal. La intervención de éste es subsidiaria, para el ca-
so de que las partes afectadas no alcancen un acuerdo ni
sobre el plazo de la renovación ni sobre la renta.

Nuestra legislación especial en materia arrendati--
cia urbana está recogida en el texto refundido de la Ley
de Arrendamientos Urbanos de 24-12-1964. Se regulan en -
ella, principalmente, el arrendamiento de viviendas amue
bladas o no (o inquilinato) y asimilados (por ejemplo, -
locales ocupados por el Estado) y el de locales de nego-
cio (aquéllos cuyo destino primordial no sea la vivienda,
sino el de ejercerse en ellos, con establecimiento abier
to al público, una actividad de industria, comercio o de
enseñanza con fin lucrativo) y asimilados (por ejemplo,
escritorios y oficinas no abiertos al público).

Es muy significativo destacar -como lo hace ALBALA-
DEJO (op. cit.; II, 2º; págs. 169 y 170)- que el objeto --
perseguido por la LAU es la protección efectiva de los -
arrendatarios ante las armas que la escasez de viviendas
y, en general, de locales habitables, pone en mano de los
arrendadores. Con tal propósito, la LAU parte del princi
pio de irrenunciabilidad de los beneficios que otorga a
los arrendatarios de viviendas, con o sin muebles, y a -
los subarrendatarios. Se admite la renuncia, sin embargo,
de los arrendatarios de viviendas suntuarias (rentas al-
tas) y también de los arrendatarios o subarrendatarios -
de locales de negocio. Sin embargo, el derecho a prorro-
gar el arrendamiento es siempre irrenunciable.

Se parte, pues, de unas necesidades sociales sensiblemente coincidentes con las que imperan en Inglaterra, a las que se responde, como enseguida veremos, con igual criterio general: la protección de la situación jurídica de los arrendatarios.

Los criterios en que se apoya esta protección giran, al igual que en Derecho inglés, sobre los dos aspectos básicos del estatuto del arrendatario: prórroga de su derecho y control de la renta que, como contraprestación del mismo, debe satisfacer al arrendador. La prórroga incluye, al igual que para los arrendamientos de viviendas más protegidos del derecho inglés, la subrogación por -- causa de muerte, que en nuestro Derecho es general para -- viviendas y locales de negocios; comprende, asimismo, con-- gelación de la renta mientras que el contrato o sus pró-- rrogas duran, de tal manera que no pueden ser aumentados sino en los casos y por las cantidades que la ley deter-- mina, en virtud de mecanismos generales para grupos homo-- géneos de contratos (revalorización de rentas, adaptación de las mismas al coste de la vida) y por vicisitudes que pueden afectar a determinados arrendamientos (subarrien-- do; ejercicio de hospedería; subrogación "inter vivos" de inquilinato o traspaso de local de negocio, etc...).

La inicial coincidencia de ambas legislaciones na-- cionales en el "que" (la protección antes dicha) se true-- ca en importantes divergencias en el "como" o sistemas -- escogidos para hacerla efectiva. El Derecho inglés pre-- fiere, en líneas generales, soluciones adaptadas a cada

arrendamiento en particular, mediante la intervención de funcionarios administrativos y Tribunales especiales que fijan la renta y las prórrogas en cada caso controvertido, de acuerdo con las peculiaridades del mismo. Sus mecanismos son de mayor complejidad práctica y burocrática, pero conducen a soluciones más justas y flexibles que el sistema de soluciones globales adoptado por el Derecho español.

De otra parte, cabe reseñar una importante coincidencia entre ambos Ordenamientos jurídicos: la existencia de causas tasadas, previstas por la ley, que permiten denegar la prórroga, como decimos nosotros, o que constituyen base para que el arrendador recupere la posesión, como se dice en Derecho inglés.

Por último, y como remate de este largo comentario arrendaticio, digamos que si nuestro Derecho se preocupa de la suerte de los arrendatarios rústicos (ley de 15-3-1935 y disposiciones posteriores), también el Derecho inglés pone normas especiales para esta clase de contratos (Ley de Arrendamientos Rústicos de 1948); en ambos casos se pretende la estabilidad de los derechos de los arrendatarios y el control de las rentas. Los paralelismos urbanos antes vistos se extienden al mundo de lo rural.

El arrendamiento real es, juntamente con la pertenencia plena absoluta en posesión, una de las dos posibles modalidades de pertenencia legales subsistentes tras la enjundiosa - reforma inmobiliaria alumbrada en 1925. Para que ello sea -- así, ha de cumplir los requisitos que la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 impone a los "contratos reales temporales absolutos" (terms of years absolute), que seguidamente examinaremos. En otro caso, estaríamos ante un derecho simplemente equitativo.

1.1. Nociones generales, terminología y cesión de derechos - arrendaticios.

El arrendamiento real, denominación que, a pesar de su relativa inexactitud, nos parece preferible a las muy esotéricas, aunque jurídicamente más descriptivas, de pertenencia menos plena de duración determinada o determinable o contrato real temporal absoluto, es un contrato inmobiliario cuya duración se ajusta a un determinado período de tiempo -igual, superior o inferior al año, o anualmente renovable- y en virtud del cual se transmiten determinadas facultades sobre una finca, singularmente las de uso y disfrute, a cambio, por lo general, de cierta renta o compensación económica. El subarrendamiento real, también con el carácter de pertenencia legal, está expresamente autorizado en la fundamental Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

Con la constitución de arrendamientos reales se persiguen aun hoy, finalidades múltiples. Según la más usual de ellas, el arrendamiento va acompañado de la posesión efectiva del inmueble (occupational lease). En otras ocasiones cons

tituye un instrumento al servicio de finalidades contractuales diferentes de la transmisión de las facultades dominicales sobre un inmueble, durante el plazo convenido. Tal ocurre cuando el arrendamiento real se constituye por el deudor hipotecario o hipotecante, en favor del acreedor, como garantía de la devolución del préstamo y otro tanto sucede -- con el creado en el ámbito de una vinculación matrimonial -- (marriage settlement) para respaldar el pago de las cuotas sucesorias eventualmente establecidas en favor de hijo que no sea el primogénito, supuesto que éste reciba un derecho real limitadamente heredable sobre el patrimonio inmobiliario. En ambos casos, cuyo estudio no es de este lugar, no se estipulan rentas ni otras compensaciones económicas ocasionales ni, por lo común, el arrendatario toma posesión del inmueble.

En lengua inglesa, además de las expresiones "leaseholds", "lease" y "term of years", se utilizan con valor equivalente, las de "demise" (que gramaticalmente puede ser traducida -- por transmitir, ceder o arrendar) y "tenancy" (si bien esta última se aplica preferentemente a los arrendamientos reales de corta duración). El constituyente del arrendamiento real (lease) es el arrendador (lessor) y aquél en cuyo favor el derecho real nace es el arrendatario (lessee). Otra terminología usual para el arrendador o el arrendatario, o para quienes se hayan subrogado en sus posiciones jurídicas -- por cesión plena de los derechos de uno y otro es, respectivamente, la de "landlord" y "tenant".

El arrendador goza de la facultad de reversión o derecho futuro remanente a la recuperación de la finca (rever--

sion), que puede transmitir (assign), transmisión que también puede efectuar el arrendatario en cuanto a su derecho arrendaticio, que es susceptible de ser cedido a un tercero por período de igual o menor duración que el convenido a su favor, constituyéndose, cuando la cesión es de menor duración, un subarriendo y produciéndose una subrogación arrendaticia pura y simple o traspaso, cuando la cesión es por la totalidad del período arrendaticio. Las partes de este contrato, en el primero de los supuestos, se denominan subarrendador (sublessor) y subarrendatario (sublessee). Las cesiones en subarriendo pueden ser indefinidas en número, pero el derecho que se constituya en favor del correspondiente subarrendatario ha de ser de menor duración que el de su subarrendador.

La distinción entre traspaso (assignment) de derechos - efectuada por el arrendatario y constitución por él, en base a los mismos, de un subarriendo (sub-lease) tiene la suficiente importancia, tanto teórica como práctica (v. 4.1.1, parte III, cap. III), como para que dejemos ya desde ahora suficientemente esclarecidos ambos conceptos. Existe traspaso cuando el cesionario recibe un derecho de idéntica duración (identical term) al del arrendatario-cedente y la totalidad de las facultades integrantes de ese derecho (whole - of that term). Por ello, cuando el arrendatario, aun realizando lo que él considere un traspaso de su derecho, se reserva la facultad remanente de recuperarlo (reversion) de - alguna manera o en alguna circunstancia, no hay tal traspaso sino subarriendo. El principio es igualmente válido a la inversa: aunque una cesión tenga la apariencia de un simple subarriendo, si el transmitente no retiene facultad alguna

de las que integran el derecho transmitido y éste se cede -- en la plenitud de su duración temporal, estamos ante un -- traspaso y no ante un subarriendo. Asimismo, es importante observar que el traspaso, a diferencia del subarriendo, pue de tener origen tanto voluntario como venir impuesto por -- ley, cual ocurre, por ejemplo, en los supuestos de ejecución del arrendatario por deudas.

1.2. Caracteres básicos del arrendamiento real (essentials of a lease).

La exclusividad de la posesión del inmueble arrendado -- en favor del arrendatario --con plena exclusión de terceros-- y en particular del arrendador--, es una de las notas que han de concurrir necesariamente para que pueda hablarse de la -- existencia de un arrendamiento real, salvo los casos especia les mencionados en el subapartado anterior. Recordemos a es te particular la concepción de la posesión como simple hecho y no como derecho, que predomina en el Derecho inglés (v. 3 cap.II). El derecho a ocupar determinado inmueble durante un plazo fijo no constituye arrendamiento real si el creador -- del derecho conserva el control general de la finca, como -- ocurre con las habitaciones cuya posesión material ostentan los clientes de hoteles y casas de huéspedes (Smith v. St. Michael, Cambridge, Overseers, 1860). Con arreglo a este -- mismo criterio, la cesión de un despalmador subordinada a -- ciertas facultades de control a cargo del arrendador --por -- ejemplo, apertura y cierre de las compuertas del dique y com probación diaria de las faenas de limpieza-- no constituye -- un arrendamiento real (Wells v. Kingston-upon-Hull Corpora- tion, 1875). La calificación negativa es aún más evidente --

si el inmueble en cuestión no queda individualmente determi
nado; así, supuesta una obligación contractual de almacenar
mercancías, pudiendo variarse el lugar de vez en cuando, a -
conveniencia del dueño del almacén, no hay arrendamiento --
real (Interoven Stoven Co. Ltd. v. Hibbard, 1936).

En estos casos, y en otros muchos en los que por concurri
rri, "prima facie", la nota de exclusividad posesoria púdiera
ra pensarse en la existencia de un arrendamiento real, hay
solamente un derecho personal de goce inmobiliario (v. 2, -
parte III, cap. III) o autorización o licencia de uso (li--
cencia) como se deduce de una valoración más detenida de las
circunstancias concurrentes y, en particular, de la conducta
ta de las partes; este derecho entraña una facultad de ocupación
pación puramente personal y no un verdadero derecho real.

Por ello, la exclusividad posesoria, aun constituyendo
un importante indicio para detectar la existencia de un --
arrendamiento real (Addiscombe Garden Estates Ltd. v. Crabbe,
1958), no es elemento suficiente puesto que la licencia de -
uso también puede conferirla (Errington v. Errington, 1952 -
y Finbow v. Air Ministry, 1963), aunque no es de necesidad -
en las mismas. La distinción, no siempre fácil por la natur-
raleza un tanto ambigua de las licencias de uso, tiene extraordinaria
ordinaria trascendencia práctica por la sustancial seguridad
posesoria de que se benefician los arrendatarios reales, en
virtud de las Leyes de Arrendamientos Reales (Rent Acts), y
que no se extiende a los titulares de las licencias.

Puntualicemos, de otra parte, que el arrendamiento real
no pierde su carácter de pertenencia legal aun cuando faculta

te al arrendatario para una posesión futura y no presente, y que todos ellos surten efecto desde la fecha pactada para su comienzo, aunque en ella no se produzca la toma de posesión efectiva de la finca.

La certeza del período de duración del derecho constituye el otro requisito básico para la existencia del arrendamiento real, si bien admite excepciones y matices como veremos enseguida (v. 1.4., siguiente). Hay certeza cuando el comienzo y el final del derecho están determinados o son determinables desde el momento en que aquél se constituye, sin necesidad de nuevas declaraciones de voluntad.

En concordancia con este criterio se ha declarado que hay certeza en el comienzo cuando el mismo deba producirse "supuesta la declaración de guerra por Gran Bretaña" (Swift v. Macbean, 1942), o "cuando la posesión del fundo quede vacante" (Brilliant v. Michaels, 1945). Son contratos sujetos a condición suspensiva que resultan plenamente vinculantes cuando el evento ocurre.

La ya indicada posibilidad de que sea conferida la posesión en el futuro y no de presente, da lugar a la existencia de los arrendamientos reales remanentes (reversionary lease) o arrendamientos cuya titularidad recaerá en el arrendatario en una fecha futura. La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 ha declarado nula la creación de los mismos cuando deban surtir efecto más de 21 años después de la fecha del contrato constitutivo, o del simple compromiso u opción para su constitución (así lo ha confirmado la jurisprudencia: "Re Strand and Savoy Properties Ltd.", 1960 y "Weg Motors Ltd. v. Hales", 1961). Sin embargo, la opción

para prorrogar por plazo superior a 21 años un arrendamiento real en curso, cuyo plazo inicial sea también superior a dicho período, es válida según lo confirmó la primera de -- las sentencias antes citadas.

No hay limitación temporal a la duración de los arrendamientos reales. Períodos de 99 y aun de 999 años son comunes, siendo también válidos los de mayor duración. La abolición de los arrendamientos reales renovables perpetuamente (perpetually renewable leases) que podían prorrogarse indefinidamente a voluntad del arrendatario, extinción que se hizo efectiva a partir de 1 de enero de 1926, se llevó a cabo adoptando como solución transitoria la de convertir los entonces existentes en arrendamientos reales por el escalofriante plazo de 2000 años, calculados desde la fecha en que dio comienzo su existencia. Se mantiene, para el futuro, la renovabilidad pero no con carácter permanente. Así, las renovaciones convenidas desde un principio por plazo superior a 60 años a partir de la extinción del plazo inicial, son nulas.

La fecha en que debe expirar un arrendamiento real se especifica generalmente de forma expresa. Puede quedar, no obstante, pendiente de determinado evento --por ejemplo, la -- voluntad de un tercero-- que ha de producirse o manifestarse para que el sistema de extinción sea válido antes de que el arrendamiento real comience a surtir efectos. En caso con--trario, es decir, si no hay certeza en cuanto a la fecha de extinción, el arrendamiento real es nulo (por ejemplo, un -- arrendamiento "mientras dure la guerra", "Lace v. Chantler", 1944).

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 ha abolido -- los arrendamientos reales de carácter vitalicio, convirtiéndolos en locaciones por plazo de 90 años.

1.3. Constitución de los arrendamientos reales (creation - of terms of years).

Después de 1925, para crear un arrendamiento real que tenga el carácter de pertenencia legal, no basta con que se den las características de fondo precisas, según lo prevenido en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, sino -- que además han de cumplirse los requisitos formales establecidos al efecto.

El primitivo Derecho común se caracterizó por la completa ausencia de formalismos: el arrendamiento real podía constituirse de cualquier forma, incluso de palabra. La -- evolución, desde el criterio de absoluta libertad de forma hacia el predominantemente formalista y rígido que en la actualidad impera, tiene su punto de arranque en el Estatuto contra Fraudes (Statute of Frauds) de 1677, que impuso, con carácter general, aunque no absoluto, el principio de constancia escrita pero no necesariamente en escritura solemne; la obligatoriedad de esta última aparece por vez -- primera en la Ley de Propiedad Inmobiliaria (The Real Property Act) de 1845.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 es continuadora y heredera, con algunas modificaciones, de los textos legales antes citados. Un arrendamiento real no puede crearse con el carácter de pertenencia legal, sino a través de --

una escritura solemne. Excepcionalmente un arrendamiento de la indicada naturaleza puede constituirse de palabra o en documento privado, si concurren estos tres requisitos: que la posesión del arrendatario comience inmediatamente de establecido el convenio; que se pacte por plazo no superior a tres años, con independencia de si el arrendatario tiene o no facultad de prórroga; y conviniendo una renta razonable, es decir, no exagerada, sin que pueda incrementarse con primas u otras remuneraciones no periódicas. Esta excepción, que en cuanto tal es de carácter eminentemente restrictivo, se aplica únicamente a la constitución actual y efectiva -- del arrendamiento, pero no al precontrato o promesa (contract or agreement) para su futura constitución por muy corto que sea el período convenido, pues dichos precontratos o promesas carecen de protección jurídica propia a menos que, como enseguida veremos, estén suficientemente reflejados por escrito (memorandum) o tengan su apoyo en acto o actos de cumplimiento del contrato (act of part performance). En la misma línea restrictiva e incrementando su rigor, está legislado que el traspaso de un arrendamiento real legal, cualquiera que sea su duración, ha de efectuarse siempre en escritura solemne, aunque su constitución, por estar comprendida dentro de la excepción indicada, pueda consumarse de palabra o en documento privado.

Pasando al ámbito de los arrendamientos equitativos - (equitable leases), antes de 1925, una locación real que no cumplía los requisitos formales de constitución no era, en principio, pertenencia legal. Sin embargo, a pesar de esta ineficacia, un arrendamiento real de plazo breve (tenancy) - podía surgir en el ámbito del Derecho común como una conse-

cuencia indirecta del arrendamiento imperfectamente consti
tuido por defectos de forma. Así, podía ocurrir que el --
arrendatario tomase posesión con consentimiento del arren-
dador, constituyéndose un arrendamiento de duración inde--
terminada (tenancy at will) y en cuanto la renta se pagaba
y aceptaba, el arrendamiento de duración indeterminada se
transformaba en otro de carácter anual o de distinta perio-
dicidad, según la forma en que el pago se efectuase (Mar--
tín v. Stmih, 1874). El arrendatario, en suma, adquiría un
derecho legal y podía reclamarlo judicialmente pero no ba-
sándose en el arrendamiento convenido tan expresa como im-
perfectamente, sino en la posesión inmobiliaria que osten-
taba con consentimiento del arrendador y en el pago y acep-
tación de la renta.

Con independencia de la posibilidad indirecta contem-
plada en el párrafo anterior, el arrendamiento real que no
cumplía los requisitos formales para constituirse como per-
tenencia legal por defecto formal de constitución o por --
crearse como mera promesa arrendaticia, no era completamen-
te ineficaz. No se trataba, ciertamente, de un contrato in-
mobiliario propiamente dicho (conveyance), creador directo
de la locación real, sino de un precontrato o promesa de -
arrendamiento real (a contract or agreement for a lease).
No es lo mismo convenir "por la presente te otorgo un arren-
damiento real" (I hereby grant you a lease) que contratar -
"por la presente acepto que te otorgaré un arrendamiento --
real" (I hereby agree that I will grant you a lease). Tan-
to el Derecho común como la Equidad, conflúan en conside-
rar el arrendamiento real imperfecto como una promesa arren-
daticia, siempre que se hiciera a título oneroso (for value)

y quedase suficientemente reflejado por escrito (memorandum) consistente, al menos, en una nota firmada por la parte que asumía la obligación arrendaticia o por un representante suyo suficientemente facultado o, en cuanto a la Equidad exclusivamente, tuviese apoyo en acto o actos de cumplimiento del contrato (act of part performance) (Tidey v. Mollett, 1864). El criterio marcado por la Equidad era de singular importancia por cuanto, de conformidad con la doctrina sentada en la causa "Parker v. Taswell", en 1858, un arrendamiento real imperfecto con apoyo en dichos actos podía considerarse inicialmente como una promesa de arrendamiento y a continuación ordenarse su cumplimiento (Zimble v. Abrahams, 1903). Cumplida la promesa en obediencia a la orden expresa emanada del Tribunal competente (decree of specific performance), las partes quedaban para el futuro ligadas por un arrendamiento real de carácter legal. El tema de las promesas o precontratos inmobiliarios será objeto, con carácter general, de más amplia consideración en otro lugar (v. 1.1., parte IV, capítulo III).

Cuando un arrendamiento imperfectamente constituido se tornaba arrendamiento real de carácter legal, los derechos de los titulares de la relación jurídica arrendaticia no ofrecían duda. La posición era bastante más confusa si, como era lo más frecuente, no había orden expresa de cumplimiento (decree of specific performance) aunque las partes estuviesen facultadas para obtenerla. En principio, y de acuerdo con la peculiar naturaleza de los derechos equitativos, se consideraba que entre las partes se había constituido efectivamente un arrendamiento real. Así, entre las partes, la Equi

dad imponía la observancia de las obligaciones equitativas cuando una de las partes pretendía eludir las ejercitando -- sus derechos legales contrarios al cumplimiento de aquéllas. Por consiguiente, la Ley de Judicatura (Judicature Act) de 1873 dispuso que, con referencia exclusiva a la relación entre partes, cuando las normas del Derecho común pugnasen -- con las de la Equidad, éstas deberían prevalecer. En concordancia con este imperativo legal, la importante resolución judicial recaída en 1882 en la causa seguida por "Walsh v. Lonsdale", declaró que la relación entre partes en un arrendamiento real equitativo no difería en nada de la de un -- arrendamiento real perfectamente constituido.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 mantiene, en -- lo sustancial, el tratamiento dado en la legislación precedente a los arrendamientos reales equitativos. Subrayemos, en particular, las puntualizaciones introducidas en la exigencia del memorandum o nota escrita (determinando sus elementos personales, reales y formales) y la especial referencia, para declararla subsistente, a la doctrina del acto o actos de cumplimiento o ejecución del contrato (act of part performance). De difícil precisión es el concepto de los -- actos de cumplimiento, máxime para la mentalidad anglosajona que rehuye, sistemáticamente, las construcciones jurídicas abstractas. En principio se identifican con la toma de posesión del inmueble (entering in possession), sin que se asimile a ella, en todo caso, la continuación en la misma -- (remaining in possession) que puede tener otras causas no -- coincidentes con las de la constitución de un arrendamiento real. El simple pago de dinero, incluso por adelantado, no constituye por sí solo acto de cumplimiento.

El efecto práctico de la doctrina que recibió forma definitiva en la causa "Walsh v. Lonsdale", conservada y puntualizada por el legislador de 1925, es el de aproximar al máximo posible los efectos del arrendamiento real constituido correctamente a los producidos por promesas de arrendamientos reales o los constituidos imperfectamente. Se mantienen, no obstante, algunas diferencias importantes.

La orden de expreso cumplimiento (decree of specific performance) que constituye la vía de ascenso al superior escalón de arrendamiento real legal, es un remedio que está atribuido a los Tribunales, y no a todos, con carácter discrecional. Si el Tribunal no quiere o no puede dictar la orden, el arrendatario está únicamente habilitado para, mediante una acción de Equidad, defenderse del arrendador que pretenda ignorar la existencia del arrendamiento.

La creación de determinadas servidumbres y algunos de rechos similares únicamente pueden apoyarse en un arrendamiento real legal y no sobre la base de una simple promesa o precontrato o en caso de arrendamiento imperfectamente constituido.

En cuanto a los eventuales derechos de terceros sobre el inmueble objeto del arrendamiento real, la doctrina "Wals v. Lonsdale" no establece plena equiparación entre el arrendamiento real legal y la promesa vinculante del mismo o el imperfectamente constituido. Por ello, los derechos de un arrendatario cuyo título emana de una promesa de arrendamiento real, al ser meramente equitativos, están sujetos a la fragilidad que es propia de todos los derechos



de esta naturaleza; en particular, son nulos frente a un -adquirente de buena fe y a título oneroso de una pertenencia legal, que desconozca su existencia. Antes de 1926, la doctrina del conocimiento objetivo era aplicable al adquirente si el arrendatario estaba en posesión del inmueble - al efectuar aquél su adquisición. Después de dicha fecha, se aplica idéntica regla salvo si la promesa o precontrato de arrendamiento se constituyen después de la misma, en cuyo caso debe ser registrada como una carga inmobiliaria para que quede cubierta por el manto protector del conocimiento objetivo.

En la práctica, pues, una promesa escrita de arrendamiento real (written agreement for a lease) es virtualmente tan segura como un arrendamiento actual, especialmente si ha sido registrado, operación con la que se subsana el principal peligro a que están expuestos los derechos equitativos. En el caso de arrendamientos reales de breve duración con una renta excesivamente alta (rack-rent), es usual aceptar una simple promesa que no se registra.

En síntesis, las formas constitutivas de la relación jurídica arrendador-arrendatario, y sus respectivos efectos, son, en la actualidad, las siguientes:

1. Un arrendamiento verbal, en documento privado o en escritura solemne, por plazo no superior a tres años, tiene carácter de pertenencia legal.
2. Un arrendamiento solemne (sealed lease), es decir, en escritura, a mayor plazo, tiene el mismo carácter.

3. Un arrendamiento o promesa del mismo constituido en documento privado crea un derecho equitativo de conformidad con la doctrina "Walsh v. Lonsdale", siempre que ha ya nota escrita suficiente o memorandum, según los términos previstos en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925. Supuesta la existencia de tal memorandum, la superior eficacia de la indicada doctrina, hace innecesaria la aplicación práctica de la doctrina acuñada por el Derecho común de que la posesión unida al pago de la renta puede producir un arrendamiento por plazo de un año. El derecho así nacido debe ser registrado como una carga real.
4. Un arrendamiento verbal o promesa del mismo, por plazo superior a tres años, confiere un derecho equitativo al arrendatario, en virtud de la tantas veces repetida doctrina "Walsh v. Lonsdale", si va unido a uno o varios actos de cumplimiento suficiente del contrato (act of part performance); a falta de ellos, el arrendamiento verbal que se crea es únicamente anual si va seguido de posesión y pago de la renta.
5. Subsiste la doctrina de la orden judicial de expreso cumplimiento, tal como antes la hemos expuesto y con el doble carácter de medida discrecional y reservada a Tribunales especialmente competentes. En suma, se trata de una posibilidad excepcional.

1.4. Clases de arrendamientos reales (types of leases and tenancies).

Los arrendamientos a plazo fijo, en los que los ele-

mentos básicos de esta institución jurídica, tal como han sido expuestos en el precedente apartado 1.2., adquieren singular relieve, se caracterizan especialmente porque se extinguen de modo automático cuando el plazo expira. Hay, sin embargo, excepciones de carácter legal a esta regla, contenidas en leyes especiales, establecidas con miras a proteger la posición de los arrendatarios, y que iremos viendo a lo largo de nuestro estudio.

El arrendamiento de año en año (tenancy from year to -- year) difiere del anterior en que, a pesar de que se termine mediante un requerimiento de desalojo (proper notice to quit), puede continuar por tiempo indefinido si arrendador y arrendatario, no obstante tal requerimiento, continúan comportándose en sentido positivo a la continuación del arrendamiento. Lógicamente, la regla de que la máxima duración del arrendamiento debe ser conocida de antemano, es decir, antes de que comience a surtir efectos, no se aplica, entendida con relación a una fecha fija, a los de carácter periódico (Re Midland Co.'s Agreement, 1971). Se diferencia del arrendamiento de duración indeterminada (tenancy at will) en que el fallecimiento o transmisión del derecho de cualquiera de las partes contratantes no produce su extinción. Es, prácticamente, la forma universal arrendaticia aplicable a los predios rústicos. Se puede constituir por pacto expreso o porque la ley presuma implícitamente su existencia.

En el primer caso, la fórmula usual es de "año en año" (from year to year), lo que permite su extinción, sin hacerla obligada, al término de cada período anual.

En el segundo supuesto, el arrendamiento existe cuando

una persona, ocupando un inmueble con autorización de su dueño -y no como simple licencia de uso (licence), ni por plazo preestablecido-, paga la renta en forma anual. Los dos casos más importantes en que se desdobra esta última hipótesis son los del arrendamiento de duración indeterminada (tenancy at will) y arrendamiento en precario (tenancy at sufferance), - que aun siendo modalidades autónomas, como enseguida veremos, pueden, por el juego de las circunstancias que en ellas concurran, transformarse en arrendamientos anuales implícitos. En general, existe arrendamiento de año en año implícito -- cuando una persona ocupa un inmueble con el consentimiento - de su dueño y la renta se calcula y paga con referencia a períodos anuales, a pesar de que resulte evidente que otra clase de arrendamiento era el acordado (Kemp v. Derret, 1814). El pago de la renta en períodos más frecuentes no puede derivar en un implícito arrendamiento anual, puesto que, al respecto, la prueba es el período con referencia al cual las -- partes pagan la renta. Así un pacto por "104 libras esterlinas anuales, pagables semanalmente", no es un arrendamiento anual implícito (Adler v. Blackman, 1953), sino semanal.

El arrendamiento por años finaliza al extinguirse el período contractual y previos los requerimientos que las par--tes hubieren convenido (Re Threlfall 1880) y, a falta de -- acuerdo, mediando un plazo de preaviso de medio año.

Los arrendamientos semanales, mensuales y de otras du--
raciones periódicas, se rigen por normas análogas a los de -duración anual, incluso en lo relativo a su constitución im--plícita o tácita (Cole v. Kelly, 1920). La única variante -- consiste en que el plazo de preaviso para su extinción, sal-

vo pacto en contrario (Queen's Club Gardens Estates Ltd. v. Bignell, 1924; Lemon v. Lardeur, 1964), ha de ser no la mitad de un período, sino uno completo (Newman v. Slade, 1926), si bien tratándose de arrendamiento de viviendas hay obligación de conceder un plazo mínimo de cuatro semanas (Rent Act, 1957; Schnabel v. Allard, 1967).

El arrendamiento de duración indeterminada (tenancy at will, pero determinable a voluntad de cualquiera de las partes contratantes, existe cuando alguien, en concepto de arrendatario, ocupa el inmueble de otro, con su consentimiento expreso (v. Hagee (London), Ltd. v. A.B. Erikson and Lanson, - 1975) o tácito, en el sobreentendido de que, tanto una parte contractual como la otra (la reciprocidad de la facultad es esencial), pueden dar por terminada la relación arrendaticia cuando lo deseen. En algunos casos el arrendatario posee libre de renta; puede esto ocurrir cuando se anticipa la posesión de una finca en favor del adquirente precontractual de la pertenencia plena o de un arrendamiento real cuya transmisión está pendiente de formalización contractual solemne (Howard v. Shaw, 1841). Con independencia de estos supuestos, los Tribunales tienden a restringir las posibilidades de -- creación tácita de estos arrendamientos (Heslop v. Burns, -- 1974) para paliar el riguroso efecto de la regla de pérdida de derechos por el arrendador a los trece años, que luego veremos.

Pero a menos que las partes convengan que el arrendamiento no devengue renta -lo que constituye un supuesto excepcional, pues este tipo de arrendamiento se constituye ca

si siempre tácitamente-, el arrendador conserva facultad para exigirla (Howard v. Shaw, supra).

Se extingue esta clase de arrendamiento cuando cualquiera de las partes lleva a cabo actos incompatibles con su subsistencia: realización por el arrendatario de actos de deterioro (voluntary waste; Countess of Shrewsbury's Case, 1600) o corta de árboles o retirada de piedras por el arrendador - (Turner v. Doe d. Bernett, 1842), o cuando se notifica la extinción. También se extingue cuando cualquiera de las dos partes fallece o transmite su derecho (Pinhorn v. Souster, - 1853). El arrendatario tiene siempre derecho a los frutos pendientes (emblements) al extinguirse su posición contractual y si, según una regla nacida en el ámbito del Derecho común y recogida en la Ley de Prescripción Extintiva de Derechos (Limitation Act, 1939), el arrendatario mantiene su posesión durante trece años seguidos y sin que haya pago de renta ni reconocimiento escrito del derecho del arrendador, éste pierde su derecho a recuperar el inmueble.

Si un arrendamiento de esta naturaleza se crea sin especificación alguna en cuanto al pago de la renta y ésta se abona en la práctica de forma periódica, por ejemplo, anual o mensualmente, el arrendamiento experimenta una novación dando lugar a otro ajustado a la periodicidad en que el pago y el cobro se efectúan.

El arrendamiento simplemente tolerado o en precario (tenancy at sufferance) se produce cuando el poseedor de un inmueble, después de haberse extinguido el título legítimo que le permitía ostentar tal condición, mantiene su posesión sin

que el dueño asienta o disienta (Remon v. City of London Real Property Co. Ltd. 1921). Tal ocurre cuando el arrendatario a -- plazo fijo mantiene su condición a pesar de la extinción de su derecho o si el titular del usufructo de la pertenencia, -- durante la vida de otra persona (estate "pour autre vie"), -- prosigue como tal, a pesar del fallecimiento de la misma. No hay concordancia, expresa ni tácita, para el nacimiento de -- una relación arrendaticia, ni tampoco apropiación indebida -- por parte de quien retiene la posesión. No hay renta pagable como tal, pero el poseedor está obligado a compensar al dueño por la ocupación y disfrute del inmueble (Leigh v. Dick-- son, 1884). Puede extinguirse en cualquier momento por volun-- tad tanto del dueño como del poseedor, y derivar hacia un -- arrendamiento periódico si pagos y cobros se ajustan a lap-- sos de tiempo iguales.

El ocupante carece de todo derecho sobre los frutos pen-- dientes, pero puede defender el inmueble mediante acción in-- terdictal contra quien pretenda despojarle de su posesión -- (Asher v. Whitlock, 1865) y si se mantiene en ella durante -- doce años sin pagar renta ni mediar otro reconocimiento del derecho del arrendador, se extingue el derecho de éste y el de sus derechohabientes a recuperar el inmueble (Re Jolly, - 1900).

La doctrina de los actos propios, puede servir de vehí-- culo para la constitución de un arrendamiento real (tenancy by Estoppel) que, por su peculiar origen, constituye una mo-- dalidad muy especial de esta clase de pertenencias. El arren-- damiento real por acto propio tiene su origen en el princi-- pio de carácter general de que los constituyentes de un dere--

cho de esta naturaleza y sus herederos, no pueden negar la - válida creación de dicho derecho, siempre que se trate de un acto voluntario aunque sea puramente verbal (E.H. Lewis & Son Ltd. v. Morelli, 1948). Como consecuencia de este principio, si el arrendador de hecho no es titular de pertenencia alguna sobre el inmueble, no hay arrendamiento real efectivo a favor del arrendatario y en perjuicio de terceros (Tatman v. Henman, 1893), pero el vínculo jurídico, de cara a una eventual titularidad futura, queda firmemente establecido entre las partes y sus herederos. No se puede "estar a las maduras pero no a las duras" (blow hot and cold), alegando primero la validez del contrato y luego su invalidez, por razones de conveniencia oportunista. Consiguientemente, si el arrendador no era titular de la pertenencia cuando constituyó el arrendamiento real, pero luego la adquiere por herencia de su padre, no puede alegar contra el arrendatario el vicio de origen existente. En el momento en que la voluntad y el poder constitutivo se reúnen en manos del constituyente, el arrendamiento real por acto propio se convalida (feed the Estoppel) y se transforma en arrendamiento plenamente efectivo (Macley v. Nutting, 1949).

1.5. Derechos y obligaciones del arrendador y del arrendatario (rights and liabilities of land-lord and tenant).

Sistematizaremos su estudio en torno a una serie de conceptos básicos en los que se compendia lo más relevante de su contenido.

En primer lugar, el carácter tácito o presunto (silent) del arrendamiento real no puede extenderse a sus elementos esenciales: partes contratantes, predio, renta (si se pacta)

y duración. De otra parte, los contratantes pueden someterse de mutuo acuerdo a los "pactos usuales" (usual covenants). Además, el arrendamiento puede ser contractualmente complementado con otros pactos de carácter accesorio, distintos de los usuales. Asimismo, hemos de ocuparnos de las normas legales que regulan derechos y obligaciones de los contratantes con independencia de su voluntad y, por último, está el tema de los inmuebles por incorporación y destino (fixtures) cuando su presencia interfiere la relación jurídica arrendaticia.

1.5.1. Derechos y obligaciones a falta de pacto expreso

En cuanto a la posición del arrendador constatemos la obligación de proporcionar al arrendatario un disfrute pacífico (quiet enjoyment) del predio, en virtud de pacto implícito (Markham v. Paget, 1908). En la práctica esta obligación equivale a dar posesión al arrendatario y a facultarle para reclamar los daños que se produzcan si su disfrute es perturbado por el arrendador o por alguien que traiga causa de él (Jones v. Lavington, 1903; Sanderson v. Berwick-upon-Tweed Corp., 1884; Matania v. National Provincial Bank, Ltd., 1936). La jurisprudencia es pródiga en supuestos en los que ha aplicado este principio. Veamos sólo un par de ellos. Hay perturbación en el disfrute cuando el arrendador, habiéndose reservado el derecho a explotaciones mineras, las lleva a cabo de tal modo que provoca hundimientos en el suelo (Markham v. Paget, supra) o, cuando en un arrendamiento de derechos de caza, construye edificios que reducen sustancialmente el área en que pueda ser practicada la actividad cinegética (Peech v. Best, 1931). No hay tal caso, ni por consiguiente

responsabilidad contractual, si la perturbación proviene de persona con título superior al del arrendador (Jones v. Lavington, supra) o de éste último en cumplimiento de obligaciones legales.

Es un principio de general y antigua aplicación (Palmer v. Fletcher, 1663) que el constituyente de un derecho está -- obligado a no detraer, a no disminuir el contenido del derecho concedido; es decir, expresado en términos tan gráficos como poco jurídicos: "a no quitar con una mano lo concedido con la otra". En el ámbito de los arrendamientos reales la aplicación de este criterio está, en parte, contenida en la obligación del arrendador antes examinada, pero hay actos de menos gravedad de los que el arrendador debe también abstenerse en aras del principio que nos ocupa. Así, si el inmueble es arrendado con el exclusivo fin de almacenar explosivos, el arrendador queda obligado a no utilizar un terreno colindante, también de su propiedad, de tal modo que pueda poner en peligro la preceptiva licencia administrativa sin la cual no es posible el almacenaje previsto (Harmer v. Jumbil (Nigeria) Tin Areas Ltd., 1921). Por el contrario, se ha declarado que los actos del arrendador en predios vecinos, también de su propiedad, que no impidan el uso del inmueble arrendado pero disminuyan el valor de su utilización, están permitidos. Tal es el caso del arrendamiento de una tienda para venta de determinados productos, que no entraña prohibición al arrendador de instalar una tienda vecina para el mismo fin, aunque con ello disminuya el beneficio del arrendatario (Browne v. Flower, 1911). Es ésta, en suma, una materia, como casi todas las del Derecho inglés, sumamente casuística y reservada en última instancia a la apreciación del juzgador.

Alcanzan también al arrendador obligaciones de adecuar y reparar (to fitness and repair) el inmueble arrendado. En general, no hay implícito sobreentendido de que los edificios arrendados sean o hayan de ser adecuados para vivienda (Hart v. Windsor, 1844). Se trata, no obstante, de una regla que admite importantes excepciones: a) viviendas amuebladas, pues en tal supuesto va implícita la adecuación de la finca a la finalidad de servir para alojamiento humano - (Smith v. Marrable, 1843), pero no la de conservarla en tal condición una vez entregada la posesión (Sarson v. Roberts, 1895), según jurisprudencia antigua derogada por legislación posterior; b) viviendas arrendadas a bajo precio, reguladas en la Ley de Alojamientos (Housing Act) de 1957, arrendamientos controlados respecto a los cuales, siempre que la renta no sobrepase ciertos límites legalmente determinados, y a pesar de pacto en contrario, hay obligación implícita de adecuación para vivienda humana al comienzo del arrendamiento y de mantenimiento de dicha condición durante su vigencia, de acuerdo con una enumeración legal que detalla -- los requisitos de habitabilidad que han de existir y mantenerse; c) viviendas arrendadas a breve plazo, reguladas en la Ley de Alojamientos de 1961, entendiéndose por breve plazo el de menos de siete años, con respecto a las cuales hay pacto implícito de proporcionar y mantener determinadas condiciones de habitabilidad y ciertos servicios (como agua, gas, electricidad, etc...); son obligaciones que no admiten pacto en contrario, salvo autorización expresa del Tribunal -- del Condado, ni son sustituibles por pagos en metálico que sean insuficientes para cubrir su importe efectivo.

La Ley de Casas Defectuosas (Defective Premises Act) - de 1972, que entró en vigor en Enero de 1974 y es aplicable a todo tipo de arrendamientos, ha robustecido las obligaciones del arrendador respecto del arrendatario, sin que sea - válido el pacto en contrario, en estos dos aspectos:

- 1) Obligación de construcción idónea. Afecta, principalmente, a los Municipios que construyen y arriendan viviendas, que deben responder de su correcta edificación, tan to técnica cuanto de materiales, en orden a la utiliza-- ción de lo construído como vivienda.
- 2) Obligación de prevenir daños personales o materiales. Si el arrendador tiene el deber, explícito o implícito, de conservar la vivienda arrendada y lo incumple, conociendo o debiendo conocer el defecto causante del daño, responde ante todas las personas, incluído, por supuesto, el arren-- datario, tanto si aquel daño es material como personal.

La posición jurídica del arrendatario incluye como -- principal obligación, la de conservar el inmueble objeto de su derecho. Esta obligación tiene un aspecto positivo, que es el de cuidar y devolver el predio, después de haberlo -- usado, con sujeción a la línea de conducta adecuada a un -- arrendatario (in a tenant-like manner), lo que incluye, por ejemplo, el mantenimiento de las vallas (Cheetham v. Hamp-- son, 1791; Goodman v. Rollinson, 1951 y Wedd v. Porter, --- 1916) y otro negativo, que es la sujeción a la doctrina de los actos dañosos de transformación ("doctrine of waste" y. 4.3., parte II, cap. III) en grados que varían según la clase de arrendamiento real de que se trate. Así, el arrendatao

rio por un número de años determinado es responsable de daños por omisión y dolosos (permissive and voluntary waste) (Yellowly v. Gower, 1855), mientras que el arrendatario de año en año, es sólo responsable por razón de estos últimos, si bien tal doctrina no es muy segura, pues de otra parte parece que su única obligación sea la de usar del inmueble de acuerdo con su condición de arrendatario (in a tenant-like manner), con sujeción exclusiva al aspecto positivo de ésta. El significado de tal expresión, en la indicada vertiente, es más bien oscuro, aunque parece circunscribirse a que el arrendatario realice aquellos trabajos que sean necesarios para su propio y razonable disfrute del inmueble. El arrendatario por tiempo indeterminado (at will) no es responsable de ninguna clase de daños, puesto que si los produce, el efecto jurídico siempre al alcance del arrendador es la ruptura de la relación jurídica existente y la sujeción a la responsabilidad por daños extracontractuales ("action of trespass", encuadrada en el ámbito del "law of torts", o culpa aquiliana, que, de forma aproximada, diríamos nosotros) (Countess of Shrewsbury's Case, 1600). El arrendatario simplemente tolerado o en precario (at sufferance) es responsable por daños dolosos pero no, al menos esto es lo más probable, de daños por omisión (Burchell v. Hornsby, 1808).

Constituye también obligación del arrendatario pagar todas las tasas e impuestos que graven el inmueble excepto aquéllos que son de cuenta del arrendador, el más significativo de los cuales es el que grava la renta que eventualmente obtenga del arrendatario (landlord's income tax). Si el arrendador no la satisface, el arrendatario puede verse obligado al pago, aun cuando no sea el sujeto pasivo del im-

puesto, repercutiendo posteriormente sobre éste mediante la oportuna deducción en la renta.

Los derechos implícitamente unidos a la condición de -- arrendatario son los de proveerse de madera y leña, procedentes de la finca, para usos propios (estovers), y los de cosechar ~~ciertos~~ frutos pendientes (emblements) y retirar determinados inmuebles por incorporación o destino (fixtures) al extinguirse el contrato. De este último nos hemos ocupado ampliamente con anterioridad. También es facultad del arrendatario, salvo pacto en contrario, la de subarrendar o traspasar su derecho, atribución que asimismo compete al subarrendatario. A este tema hemos hecho referencia antes (v. 1.1., de esta parte) y será objeto nuevamente de nuestra consideración al estudiar el pacto expreso, muy común, que veda el -- ejercicio de esta facultad.

La utilización de leña y madera procedente del predio -- está permitida para efectuar ciertas reparaciones o atender ciertos fines domésticos: leña utilizable como combustible o madera para reparación de la vivienda, de los aperos de labranza y de la cerca.

El derecho a cosechar los frutos pendientes al extinguirse el arrendamiento, no abarca a la totalidad de los mismos ni se le concede a todos los arrendatarios. El concepto legal de frutos pendientes (emblements) comprende las cosechas resultantes de la siembra, cultivo y recolección anual, excluyendo los pastos y los productos arbóreos, tanto madereros como frutícolas. El arrendatario de año en año, a diferencia del que lo era a plazo fijo, estaba facultado, en De

recho común, a retirar dichas cosechas pendientes cuando su derecho quedaba extinguido. La privación de esta facultad al arrendatario a plazo fijo resultaba, en ocasiones, injusta; tal ocurría en todos los supuestos de extinción súbita e inesperada de su derecho. Otro tanto acontecía en los casos de extinción súbita del arrendamiento de duración indeterminada (tenancy at will). Por otra parte, aun existiendo el derecho, su ejercicio, como facultad del arrendatario para recuperar la posesión con ese solo fin, era poco práctico para ambas partes. La normativa en este punto se ha modificado por vía legislativa. La Ley de Arrendador y Arrendatario (Landlord and Tenant Act) de 1851 dispuso que sólo el arrendatario de año en año "a renta completa", es decir, que representase el valor anual del inmueble (at a rack rent), podía, al extinguirse el arrendamiento, continuar en posesión de la finca hasta el fin de la anualidad contractual en curso. En cuanto a los arrendamientos rústicos, esta norma fue sustituida por la Ley de Tenencias Agrícolas (Agricultural Holdings Act, 1948), que establece que todo arrendatario a "renta completa", cuyo derecho se extinga por causa incierta, goza de prórroga legal hasta que se le dé un preaviso de extinción de doce meses.

1.5.2. Derechos y obligaciones derivados de pactos usuales.
(Usual Covenants).

Si el arrendamiento real queda constituido en firme -y no como una simple promesa o precontrato-, la ausencia de pacto expreso implica remisión al conjunto de derechos y obligaciones antes mencionados. Ahora bien, si las partes --

acuerdan, como simple promesa o precontrato, que el arrendamiento se registrará por los pactos usuales (usual covenants) o hay una simple promesa o precontrato sin referencia a pacto alguno sobre cuál deberá ser su contenido, el arrendamiento real habrá de regirse, cuando quede firmemente constituido, y salvo pacto expreso en contrario, por los pactos usuales - que sean aplicables según las circunstancias del caso.

Los siguientes pactos se consideran siempre usuales -- (Hampshire v. Wickens, 1878):

- a) Por parte del arrendador, garantizar el pacífico disfrute, en cuanto a sus propios actos y los de cualquiera cuyo de recho traiga causa de él, y la facultad de recuperar la - posesión (desahucio o confiscación) por falta de pago de la renta.
- b) Por parte del arrendatario, pagar la renta así como los - impuestos de los cuales sea sujeto pasivo el propio arrendatario, conservar, reparar y entregar el inmueble al extinguirse su derecho, autorizar al arrendador visitas de inspección para comprobar la conservación del inmueble y la forma en que se efectúe su reparación.

En virtud de costumbres locales o de usos mercantiles - hay otros pactos que también son usuales, pero no en todo ca so, como los anteriores, sino en función de circunstancias - específicas concurrentes en cada supuesto, por lo que se tra ta de una cuestión de hecho que en cada caso ha de ser apre- ciada por los Tribunales (Flexman v. Corbett, 1930).

Hay, además, otros pactos que aparecen frecuentemente en los precontratos o en los contratos constitutivos de los arrendamientos reales y que, por consiguiente, hay que calificar de usuales en sentido gramatical, aunque no merezcan tal calificativo en sentido técnico; constituyen ejemplo los pactos que prohíben la cesión del arrendamiento o el ejercicio de determinadas actividades mercantiles en los inmuebles arrendados. Para distinguirlos de los pactos usuales en sentido técnico, vamos a denominar pactos acostumbrados a los que solamente son usuales en sentido gramatical.

1.5.3. Consideración especial de ciertos pactos acostumbrados.

Con independencia de su carácter de pactos usuales eventuales, de acuerdo con el significado legal que acabamos de comentar, hay determinadas cláusulas o pactos que es muy frecuente incluir en los contratos de arrendamiento real. Vamos a detenernos ahora en el estudio de algunos de estos pactos acostumbrados, no sin antes decir que los derechos y obligaciones nacidos de ellos no excluyen, sino que adicionan a los que tienen su origen en los pactos usuales.

Aun cuando el pago de la renta, supuesto que constituye obligación (v. subapart. ant., letra b), se hace generalmente en metálico, no hay impedimento para que se efectúe en especie, en "bienes muebles personales" (chattels personal) (v. 2., cap. I), como por ejemplo el maíz u otro producto agrario o mediante la prestación de servicios puramente personales (Duke of Marlborough v. Osborn, 1864). La certeza -

de su cuantía es requisito esencial para su existencia, referido al momento del pago y no al de la constitución del arrendamiento. Salvo pacto en contrario, su pago no ha de hacerse por adelantado sino al finalizar el contrato o el período contractual (Coomber v. Howard, 1845). La obligación de su pago no cesa aunque el arrendatario no pueda utilizar el inmueble por resultar destruido por el fuego -- (Belfour v. Weston, 1786) u otra calamidad, o requisado por las autoridades para fines militares (Whitehall Court Ltd. v. Ettlinger, 1920). Sin embargo, el rigor de esta norma de Derecho común, además de ser frecuentemente mitigado en virtud de pacto expreso, puede paliarse por precepto legal en los casos, exclusivamente, de daños de guerra y requisamiento, siempre que el arrendatario renuncie a su derecho sobre el inmueble.

El arrendador puede hacer exigible el pago de la renta de forma directa o indirecta. Indirectamente mediante desahucio o confiscación, si por pacto expreso se estableció esta posibilidad (forfeiture clause), que estudiaremos entre las causas de extinción del arrendamiento. Directamente, mediante acción para reclamar el pago de la renta (que, como regla general, sólo abarca a los seis últimos años) o en virtud de ejecución privada (distress), sin intervención, por consiguiente, de los Tribunales, consistente en la ocupación y venta que el arrendador, por su propia autoridad, haga de bienes suficientes que haya en el inmueble arrendado. Se trata de una figura jurídica tan antigua (data de la época de la Conquista normanda) como, según es lógico, minuciosamente reglamentada en su aplicación práctica.

Si al constituirse el arrendamiento real no se incluye pacto alguno prohibitivo de traspaso, subarriendo o cesión de la posesión (covenant against assigning, underletting or parting with possession) sin consentimiento del arrendador, el arrendatario es libre de realizar tales actos jurídicos cuyos efectos, naturalmente, no pueden prolongarse más allá de la duración de su derecho. Lo más común, sin embargo, es que el pacto prohibitivo quede incluido como pacto usual en el contrato constitutivo. Si el pacto se infringe, los derechos del cesionario o subarrendatario son válidos, sin perjuicio de las acciones de confiscación o desahucio (forfeiture) o de indemnización de daños y perjuicios (damages), - que el arrendador puede ejercitar contra el arrendatario. La primera presupone, como es natural, que el cesionario o subarrendatario quede también privado de la posesión del inmueble, sin perjuicio de una eventual acción contra el subarrendador o cedente tendente a compensar el perjuicio que tal pérdida pueda ocasionarle.

Si el pacto prohibitivo es absoluto (absolute covenant), es decir, que no contiene previsión alguna sobre posible -- dispensa, el arrendador puede renunciar al ejercicio de la facultad dimanante del mismo pero no puede ser obligado a -- ello, aunque su actitud sea por completo irracional. Ahora bien, si el pacto prohibitivo es meramente cualificado (qualified covenant), es decir, si incluye la expresión "sin -- consentimiento del arrendador" (without the consent of the lessor), la Ley de Arrendador y Arrendatario (Landlord and Tenant Act) de 1927 ordena que en tales casos, y salvo disposición en contrario (lo que nos remitiría al supuesto an-

terior), debe entenderse que el consentimiento del arrendador no puede ser irracionalmente negado. Esto no autoriza al arrendatario a subarrendar o traspasar sin solicitar el consentimiento del arrendador -lo que equivaldría a un incumplimiento de contrato, a pesar de que la negativa, una vez analizada, resultare irracional (Eastern Telegraph Co. Ltd. v. Dent, 1899)-, pero sí a traspasar o subarrendar si la autorización pedida fuere denegada sin suficiente fundamento (Treloar v. Bigge, 1874), según su propio criterio o, lo que es más seguro pero más lento, de acuerdo con la apreciación del Tribunal competente (Young v. Ashley Gardens Properties Ltd., 1903). Lógicamente, la carga de la prueba de la irracionalidad de la negativa del arrendador recae sobre el arrendatario (Shanley v. Ward, 1913). Por lo general, las objeciones se consideran no razonables a menos que estén basadas en las circunstancias personales del cesionario o subarrendatario, o en la utilización que éste se proponga hacer del inmueble (Viscount Tredegar v. Harwood, 1929). Además, la Ley de Relaciones Raciales (Race Relations Act) de 1965 califica de irracional la negativa del consentimiento basada en motivos de color, raza o determinados orígenes étnicos o nacionales, si bien esta consideración no es aplicable al arrendamiento de parte de una vivienda en la cual algunos servicios o elementos son compartidos con el arrendador.

De otra parte, está previsto en la Ley de Arrendador o Arrendatario (Landlord and Tenant Act) de 1927 que en el caso de un arrendamiento real por plazo superior a 40 años, en el que el arrendatario haya asumido y cumplido la obligación de realizar mejoras esenciales en el inmueble o la de trans.

formar o construir edificios, el arrendatario, a pesar de la prohibición de traspasar o subarrendar sin consentimiento del arrendador, puede hacerlo prescindiendo de este requisito, siempre que el traspaso o subarriendo se haga siete años, como mínimo, antes de que finalice el plazo contractual y notificándolo por escrito al arrendador dentro de los seis meses siguientes a la fecha de subarriendo o traspaso.

Salvo pacto expreso en contrario establecido al constituirse el arrendamiento, el arrendador no tiene derecho a premio o comisión alguna por razón de la autorización que conceda, tal como lo dispone la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

Para que pueda hablarse de infracción del pacto prohibitivo, deben concurrir determinados actos voluntarios e "inter vivos" en relación con la propiedad en cuestión. Así, el legado de los derechos arrendaticios no constituye infracción (Fox v. Swann, 1655), ni tampoco su adjudicación forzosa en caso de quiebra (Re Riggs, 1901), o su venta forzosa por disposición legal (Slipper v. Torrenham & Hampstead Junction Ry., 1867). Por el contrario, la hipoteca constituida en forma de traspaso o subarriendo constituye infracción, pero no cuando hay mero depósito de los títulos. Tampoco hay infracción, al menos ésta es la opinión más segura, por el simple hecho de admitir huéspedes o facilitar alojamiento.

El pacto obligando al arrendatario a hacer reparaciones (covenant to repair), reflejado en determinadas formas

usuales tales como "reparaciones para habitabilidad", "reparaciones suficientes", "suficientes y sustanciales reparaciones" (tenantable repair, sufficient repair, good and substantial repair), es frecuente en los arrendamientos reales y, a pesar de la variedad de adjetivos con que se acompaña la voz reparación, ésta mantiene en lo sustancial su significado (Anstruther - Gough - Calthorpe v. Mc Oscar, 1924). La reparación incluye la sustitución de elementos secundarios (por ejemplo, cambio de desagües viejos por nuevos), pero no la íntegra refacción del inmueble si éste tuviera defectos inherentes que hicieran aquélla indispensable (Lurcott v. Wakely, 1911 and Lister v. Lane, 1893). El significado contractual y habitual de la voz reparación es el que reiteradamente (Proudfoot v. Hart, 1890; Lurcott v. Wakely and Wheeler, 1911; Anstruther - Gough - Calthorpe v. Mc Oscar, 1924; Lloyd's Bank Ltd. v. Lake, 1961) le ha dado la jurisprudencia: después de haber hecho debida consideración de la localidad, carácter y antigüedad, en su caso, del inmueble, el arrendatario debe mantenerlo en el mismo estado de conservación en que lo preservaría un dueño razonablemente cuidadoso.

Si el pacto es cualificado por palabras tales como "excepto el natural deterioro" (fair wear and tear excepted), queda excluida toda responsabilidad por el desgaste inherente al uso o a la acción de los elementos pero no, por ejemplo, los que sean consecuencia de la lluvia que se filtre por un tragaluz en mal estado de conservación (Regis Property Co. Ltd. v. Dudley, 1959).

En los arrendamientos largos, el arrendatario asume ge

neralmente la obligación de efectuar toda clase de reparaciones; a la inversa, en los cortos la responsabilidad es del arrendador y suele limitarse a las reparaciones externas y estructurales a las que, como ya hemos visto (v. 1.5.1, de esta parte), está legalmente obligado en determinados casos. Salvado este último supuesto y lo regulado sobre los actos de deterioro (waste), la materia es totalmente negociable.

En Derecho común, la valoración de los daños abonables en cumplimiento de la obligación contractual de reparar, varía según que el incumplimiento sobrevenga durante la vigencia del contrato o al extinguirse el mismo. En el primer caso, la valoración es el importe en el que el valor de lo que se devuelve queda disminuido, mientras que en el segundo es el de lo que cuesta llevar a cabo las reparaciones exigibles en virtud de pacto (Joyner v. Weeks, 1891). Si, por ejemplo, un arrendatario convierte en apartamentos una casa que está obligado por pacto a conservarla para uso individualizado, se aplica la primera regla y la medida de los daños no es el coste completo de reinstalación o reposición, sino la suma que representa la pérdida que el arrendador ha sufrido (Westminster-Duke - v. Swinton, 1948; James v. Hutton and J. Cook & Sons, Ltd., 1950). Consideró el legislador que la norma aplicable al segundo supuesto -importe de la reparación- podía suponer innecesaria dureza para un arrendatario saliente, puesto que faculta al acreedor a recuperar daños incluso si el cumplimiento de la reparación pactada resultaba completamente inútil, como, por ejemplo, si el edificio arrendado hubiera de destinarse a la piqueta una vez concluido el arrendamiento. Para paliar efectos tan poco equitativos, la

Ley de Arrendador y Arrendatario de 1927 dispuso la generalización de la primera norma, por lo que el arrendador nunca podrá percibir cantidad superior a los daños, si sufre alguno, experimentados por razón de la pérdida de valor del inmueble en el momento de su devolución, salvo si las reparaciones van efectivamente a realizarse, en cuyo caso hay que atenerse a su coste (Smiley v. Townshend, 1950). A la inversa, no hay daño alguno indemnizable si el inmueble va a ser demolido y siempre que las reparaciones resulten inútiles.

Hay también normas protectoras de los arrendatarios de cualquier propiedad, excepto las agrícolas, arrendadas por plazo no inferior a siete años de los que al menos tres estén pendientes de cumplimiento. La falta de tales normas -- contra reclamaciones por daños era frecuente causa de que los arrendatarios devolviesen prematuramente las fincas ante la alternativa del desahucio o la reparación de tales daños. Contra esta situación reaccionó la Ley de Reparaciones en -- Propiedades Arrendadas (Leasehold Property - Repairs - Act) de 1938, ratificada y ampliada posteriormente en este punto por la Ley de Arrendador y Arrendatario (Landlord and Tenant -- Act) de 1954, estableciendo la necesidad de requerimiento expreso para poder exigir al arrendatario la ejecución de las reparaciones y la posibilidad de que el arrendatario se acoja a la protección de la Ley, lo que supone que el arrendador precise autorización judicial previa para demandar por daños no reparados, a pesar de la existencia de pacto expreso sobre reparaciones, autorización que el Tribunal puede conceder únicamente en casos especiales; por ejemplo, si el coste de una reparación inmediata fuese pequeño comparado con su coste futuro.

Para rematar la exposición de los pactos relativos a la ejecución de obras, digamos que el que prohíbe realizar mejoras sin consentimiento del arrendador está legalmente limitado en el sentido de que la autorización no puede ser irracionalmente denegada, sin perjuicio del derecho del arrendador a ser económicamente compensado por eventuales daños o pérdida de valor del inmueble.

El pacto obligando al arrendatario a asegurar el inmueble contra el riesgo de incendio es frecuente. Existe incumplimiento del mismo si durante algún período aunque sea corto, el inmueble no está asegurado y aunque no haya incendio alguno (Penniall v. Harborne, 1848). Si el propio arrendador suscribe una póliza, sin que al efecto haya mediado pacto alguno, no está obligado a invertir el capital del seguro en la reconstrucción del inmueble a no ser que, de hecho, hubiese incrementado el importe de la prima con la renta (Mumford Hotels Ltd. v. Wheler, 1964).

El arrendador tiene acción indemnizatoria contra el -- arrendatario por razón de incendio que destruya el inmueble, si hay pacto de reparación por tal motivo, sin que se excluya el evento de un fuego accidental (Redmond v. Dainton, 1920) o, si aun no existiendo dicho pacto, el fuego sea debido a -- negligencia del propio arrendatario (Musgrove v. Paudelis, - 1919).

1.6. Extinción de los arrendamientos reales (determination - of tenancies).

La extinción de esta modalidad de pertenencia puede --

acaecer por diversos motivos que, a continuación, exponemos y analizamos brevemente.

1.6.1. Transcurso del plazo (expiry or effluxion of time).

El arrendamiento real a plazo fijo, cualquiera que -- sea éste, se extingue automáticamente cuando el período -- transcurre, sin necesidad de que medie preaviso ni requerimiento alguno para el desalojo del inmueble.

No obstante, la legislación protectora de los derechos del arrendatario ha transformado esta regla general en una excepción pues son numerosos los supuestos, que más adelante examinaremos, en que aquél está facultado para, de una manera u otra, conservar su "status" inmobiliario.

1.6.2. Preaviso de desalojo (notice to quit)

Un arrendamiento real a plazo fijo no puede quedar extinguido mediante preaviso antes de que llegue la fecha pactada, a menos que esta posibilidad se haya convenido expresamente. El preaviso es un acto unilateral que se realiza en ejercicio de un derecho contractual y que ha de atenerse estrictamente a lo pactado (Dagger v. Shepherd, 1946; Hankey v. Clavering, 1942). La prueba de su validez atañe a quien ha de darlo (Lemon v. Lardeur, 1946), demostrando que se ha indicado la fecha exacta y correcta, se ha realizado de forma incondicional y refiriéndose a la totalidad del inmueble o inmuebles arrendados.

Los arrendamientos anuales, semanales, mensuales y los

demás de carácter periódico precisan requerimiento o preaviso para su extinción -como ya hemos visto en el precedente subapartado 1.4-, que ha de ser de la mitad del período para los anuales y por plazo no inferior al del período para los de duración más corta. En cuanto a la extinción, por idéntico motivo, de las demás especies de arrendamientos, también ha sido vista en el referido subapartado.

1.6.3. Confiscación (forfeiture)

Preferimos el término confiscación al de desahucio, no obstante ser aquél impropio del Derecho privado español -ya que, entre nosotros, equivale a privación de bienes que pasan al Fisco-, porque su utilización para designar la facultad que asiste al arrendador de resolver unilateralmente el contrato (extinguiendo consiguientemente el derecho real --arrendaticio), cuando el arrendatario adopta determinadas conductas, expresa con mayor vigor su trascendencia real y su carácter substantivo, a veces inmediato. No se trata, como en el Derecho español, de una mera habilitación procesal para el desalojo a consecuencia de haberse extinguido previamente la relación locataria, principalmente por falta de pago, sino una causa de extinción por sí misma con valor sustantivo -insistimos- y no meramente adjetivo que no siempre, aunque sí de forma habitual, ha de verificarse y hacerse efectiva por los Tribunales.

El derecho del arrendador a confiscar el arrendamiento en cuanto derecho real del arrendatario, puede basarse en alguna de estas causas: condición resolutoria o cláusula --

confiscatoria expresa (forfeiture clause), incumplimiento de contrato (breach of condition) y desconocimiento o negación del derecho del arrendador (denial of title).

Las obligaciones que asume el arrendatario como consecuencia de la constitución de un arrendamiento real, aunque sean propiamente arrendaticias por referirse o tener por objeto la finca, elemento real del arrendamiento, pueden tener, en caso de infracción, carácter personal (covenant) o efecto real, a modo de condición resolutoria (condition), - cuyo incumplimiento lleve aparejada la extinción del derecho real arrendaticio, consecuencia radical que no se produce - en el primer caso. Lógicamente, la existencia de uno u otro supuesto depende de la voluntad de las partes expresada a través de la adecuada redacción del clausulado del contrato. La cláusula confiscatoria o condición resolutoria se añade - muy frecuentemente a los contratos en los que las obligaciones del arrendatario están conformadas como pactos puramente personales (covenants). Lógicamente, ha de ser expresa - (Doe d. Willson v. Phillips, 1824), pues en ningún caso de pacto puramente obligacional puede sobreentenderse.

Ahora bien, si las obligaciones del arrendatario quedan redactadas en forma de limitación de la pertenencia (v.3, - parte I, cap. III) con efecto resolutorio de su derecho en caso de incumplimiento (condition), el derecho real del -- arrendatario puede quedar resuelto en caso de incumplimiento, sin necesidad del apoyo de cláusula confiscatoria expresa. Su efecto es inmediato, pero no necesario; ha de producirse a instancia del arrendador (Doe d. Bryan v. Bancks, - 1821).

Si el arrendatario pretende, de palabra o por escrito, desconocer el título dominical o de pertenencia plena del arrendador, éste está facultado para defenderse confiscando o resolviendo el derecho de aquél (Wisbech St. Mary Parish-Council v. Lilley, 1956). No es el caso cuando la negativa se plantea por el adecuado cauce judicial (Matthews v. Smallwood, 1910).

Si el arrendador condona la infracción (waives the breach), lo que puede hacer incluso después de haber iniciado la acción resolutoria, y tanto de forma implícita como explícita, se extingue su derecho a consumarla. La condonación es implícita cuando el arrendador, conociendo las infracciones del arrendatario, realiza algún acto que inequívocamente refleje su voluntad de que el arrendamiento subsista; el ejemplo más frecuente es la cobranza de la renta (Matthews v. Smallwood, 1910; Goodright d. Charter v. Cordwent, 1795; Segal Securities Ltd. v. Thoseby, 1963). La condonación no tiene valor general, sino especial, para cada infracción en concreto, y no entraña renuncia a la acción indemnizatoria de daños y perjuicios (Stephens v. Junior Army and Navy Stores Ltd., 1914).

El procedimiento confiscatorio (mode of forfeiture) normal consiste en obtener un decreto judicial de carácter posesorio (by issuing a writ for possession), a modo de interdicto, que opera la extinción del arrendamiento (Elliott v. Boynton, 1924). Alternativamente, el arrendador puede, siempre que no se trate de viviendas habitadas, ocupar por su propia autoridad y pacíficamente el inmueble, extinguien

do así el arrendamiento. Si no lo hace pacíficamente está - expuesto a responsabilidades criminales que hacen poco recomendable el procedimiento.

Los requisitos que han de concurrir para que el arrendador pueda acudir a la confiscación, varían según que se - infrinja la obligación de pagar la renta u otras obligaciones.

En el primer caso, el arrendador ha de requerir de pago al arrendatario en tiempo y forma oportunos, con arreglo a enojosos formulismos que se soslayan mediante cláusula -- dispensatoria del requerimiento cuando haya pasado algún -- tiempo desde que se debió hacer y, no obstante, se omitió. La Ley de Procedimiento de Derecho Común (Common Law Procedure Act) de 1852 dispensa también del requerimiento formal de pago, aunque no se haya pactado nada sobre su omisión, si el pago de la renta está atrasado medio año y la ejecución - privada (distress) no sea suficiente para enjugar todos los atrasos.

El arrendatario puede escapar a la confiscación o resolución de su derecho pidiendo revocación o enervación (re-- lief) de sus efectos, que ha de ir precedida de la supresión de las causas y efectos que motivan aquélla. Se trata de -- una suavización introducida por la Equidad y recogida en la Ley Procesal antes mencionada, de 1852, que faculta discrecionalmente a los Tribunales para conceder tal beneficio, - siempre que el arrendatario lo solicite dentro del plazo máximo de seis meses desde la recuperación de la posesión por el arrendador. Si se consigue la revocación, que también --

puede solicitar el subarrendatario, no se precisa formalizar nuevo contrato. La confiscación, salvo en el supuesto indicado, extingue los subarrendamientos.

La confiscación por incumplimiento de otros pactos o condiciones se rige por una regla de carácter general, determinadas excepciones y alguna previsión especial relativa a los subarrendatarios.

Por regla general, antes de proceder a la confiscación, bien mediante acción judicial o a través de recuperación directa de la posesión (by action or re-entry), el arrendador ha de proceder a efectuar el requerimiento escrito que preceptúa la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, especificando el incumplimiento acaecido, requiriendo que sea reparado, si es posible, y, eventualmente, es decir, si procede, pidiendo una compensación o indemnización en metálico. No sería procedente pedirla, por ejemplo, si la infracción consistiera en utilización del inmueble con fines inmorales porque entrañaría participación del arrendador en las ganancias ilícitas del arrendatario (Rugby School -- Governors - v. Tannahill, 1935). El arrendador ha de conceder al arrendatario un plazo de tiempo razonable para atender al requerimiento, a fin de subsanar el incumplimiento contractual o de estudiar su posición legal antes de abandonar el inmueble. Aunque no esté fijado contractualmente, se estima en tres meses. Transcurrido el plazo y desatendido el requerimiento, el arrendador puede hacer efectiva la confiscación por alguno de los procedimientos antes indicados. El arrendatario puede acogerse a la enervación (relief) antes de que la confiscación se consume (Rogers v. Rice, -

1892), pero no después, y dentro del mismo caude procesal usado por el arrendador o acudiendo a otro distinto. La -- enervación puede otorgarse cuando y en los términos que es time oportuno el Tribunal y anula por completo la confiscación (Dendy v. Evans, 1909). El derecho a obtener revocación o enervación es de carácter legal y no equitativo; la Equidad no acoge la enervación salvo en los casos de impago de renta.

Las excepciones a las normas generales sobre confiscación por incumplimiento de condiciones o pactos que no consistan en el impago de la renta son, principalmente, dos: arrendamientos mineros (mining leases) y quiebra o ejecución judicial contra el arrendatario (bankruptcy or execution). En el primer caso, si en una inspección se aprecia fraude en libros, cuentas o balanzas, y la renta guarda -- proporción con el mineral obtenido, se puede ir a la con-- fiscación sin notificación previa y no hay posibilidad -- enervatoria alguna. Otro tanto ocurre, cuando hay ejecución judicial contra el arrendatario o si el mismo está en estado legal de quiebra, siempre que los inmuebles arrendados sean de los enumerados legalmente (tierras agrícolas o de pastos, minas, viviendas amuebladas, etc...). Tratándose - de otros inmuebles, el rigor contra el arrendatario no actúa hasta que haya transcurrido un año desde el comienzo - de la quiebra o ejecución, pero durante ese año si el arrendamiento real se transmite por el comisario de la quiebra, las normas confiscatorias se aplican en sus términos generales.

De acuerdo con la Ley del Derecho de Propiedad (Revi-

sada) (Law of Property - Amendment-Act) de 1929, un sub--arrendatario puede solicitar revocación contra la confiscación del subarrendador, cualquiera que sea la causa de la misma. Un acreedor hipotecario es considerado "subarrendatario" a este respecto (Grand Junction Co. Ltd. v. Bates, 1954) (v. cap. IV). Si la revocación se concede, se crea un arrendamiento real por plazo no superior al del subarrendamiento preexistente (Ewart v. Fryer, 1901).

1.6.4. Confusión de derechos en el arrendador o renuncia - del arrendatario (surrander).

Si el arrendatario o subarrendatario renuncian, declinan o ceden su derecho en favor del arrendador o subarrendador, que aceptan la cesión, el arrendamiento real se extingue. Tal cesión, para que produzca el efecto extintorio, es únicamente posible en favor de aquél de quien procede el derecho. Si se hace en favor del primer arrendador o de un subarrendador que no sea el inmediato, hay transmisión del derecho y no extinción del mismo.

El traspaso expreso al constituyente, cuando el derecho es de duración no superior a tres años, puede efectuarse simplemente por escrito, pero si es de duración más larga, ha de constar en escritura solemne.

No obstante, si de la conducta de las partes puede deducirse claramente que su voluntad es la resolución del --arrendamiento o subarrendamiento, el traspaso o cesión al constituyente opera en virtud de la Ley, sin necesidad de constancia escrita alguna. En definitiva, se trata de una-

manifestación más de la teoría de los actos propios, a cuya virtud constitutiva de lós arrendamientos reales ya nos hemos referido con anterioridad. El traspaso implícito legal se produce, por ejemplo, cuando la posesión se entrega por el arrendatario al arrendador y es aceptada por éste (Dood v. Acklom, 1843), o el arrendador constituye un nuevo arrendamiento con el consentimiento del arrendatario actual o en posesión (Wallis v. Hands, 1893).

1.6.5. Confusión de derechos en el arrendatario (by merger).

Esta figura se contrapone claramente a la anterior. - . Según esta última, el arrendador adquiere el derecho real en que consiste el arrendamiento y con ello la plenitud - de las facultades que integran la pertenencia plena, mientras que la confusión de derechos en favor del arrendatario supone que éste retiene su derecho y adquiere el remanante del arrendador, sin olvidar que también hay confusión de derechos cuando un tercero adquiere ambos derechos: el remanente y el arrendaticio real.

1.6.6. Transformación (enlargement)

En determinadas condiciones, poco frecuentes, un -- arrendamiento puede ser transformado en pertenencia plena mediante el otorgamiento, por el arrendatario, de una escritura de transformación. De conformidad con la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, esto puede hacerse solamente si concurren todos estos requisitos: a) restar al menos doscientos años para que el arrendamiento se extinga;

b) que el arrendamiento hubiese sido constituido "ab initio" por un plazo mínimo de trescientos años; c) que no exista - fideicomiso ni derecho de redención (por ejemplo, por razón de una hipoteca o derecho real de garantía) en favor del titular del derecho remanente; d) que el arrendamiento real - no sea susceptible de confiscación ni de resolución por incumplimiento de pactos, ni exista renta de valor económico apreciable que haya de satisfacerse. Un penique de plata no es valor apreciable, pero sí lo es tres chelines, según lo manifestado por una vetusta declaración jurisprudencial (Re Chapman and Hobbs, 1885 and Re Smith and Scott, 1883).

Para que un subarrendamiento pueda ser transformado de acuerdo con los preceptos precedentes, ha de derivar de un arrendamiento que también lo sea. La transformación en pertenencia plena mantiene incólumes las cargas y obligaciones que pesen sobre el arrendamiento transformado.

1.6.7. Renuncia del arrendatario o abandono (disclaimer)

En principio, los arrendamientos reales subsisten a pesar de que por una guerra, o cualquier otra calamidad pública, el arrendatario esté en situación de imposibilidad para ejercitar sus derechos (Cricklewood Property and Investment Trust Ltd., v. Leighton's Investment Trust Ltd., 1945). De otra parte, aunque el cumplimiento de ciertos pactos pueda resultar imposible, por razón de restricciones administrativas que impidan al arrendatario reparar el inmueble en la forma convenida, ello no constituye obstáculo para que se le puedan exigir daños y perjuicios por razón del incumplimiento de su obligación (Eyre v. Johnson, 1946).

En este terreno, las leyes excepcionales de guerra -Ley de Daños de Guerra a arrendadores y arrendatarios (Landlord and Tenant - War Damage - Acts) de 1939 y 1941 y la de Inmuebles Arrendados y Requisados (Landlord and Tenant - Requisitioned Land - Acts) 1942 y 1944- han introducido variaciones importantes. Así, los arrendatarios cuyos inmuebles queden inservibles por daños de guerra tienen facultad legal para abandonarlos, acto que tiene un efecto similar al de la cesión o renuncia de derechos en favor del arrendador (surrender). Facultad similar se otorga a los arrendatarios de inmuebles requisados en circunstancias de emergencia. Pero no toda renuncia se asimila a la cesión del arrendatario. La que realiza el fiduciario o comisario de la quiebra del arrendatario no extingue el arrendamiento real a pesar de la supuesta o efectiva onerosidad de dicho acto; únicamente da por concluida cualquier obligación del renunciante o de la masa de la quiebra en relación con el arrendamiento (Re-Thompson and Cottrell's Contract, 1943 y Ley de Quiebra -- Bankruptcy Act - de 1914).

1.7. La estabilidad de los arrendamientos y el control de las rentas (security of tenure and control of rent).

Al igual que en otras latitudes, o quizá más que en otras, en Inglaterra, nación superpoblada, los bienes inmuebles son escasos. La Ley de la oferta y la demanda pone, en principio, a los propietarios en una ventajosa posición -- que las ideas de justicia social del siglo XX han estimado inaceptable. Desde el inicio de la Primera Guerra Muncial -- comenzaron a proliferar las normas tendentes a conseguir la

estabilidad de los derechos de los arrendatarios -especialmente de los de corta y periódica duración de casas no amuebladas- y a controlar las subidas de la renta. La situación de necesidad y de escasez que justificaron el intervencionismo estatal a comienzos de la presente centuria se mantiene, resultando por ello muy aventurado pronosticar la próxima vuelta a la libertad contractual decimonónica.

En la actualidad, hay seis sistemas normativos, según la naturaleza del inmueble arrendado, que tratan de la protección de los derechos de los arrendatarios. Vamos a ocuparnos, en líneas generales, de todos ellos distinguiendo tres aspectos principales: características del arrendamiento protegido, control de la renta y seguridad de la tenencia.

1.7.1. Arrendamientos residenciales ordinarios (ordinary residential lettings).

El control legal de estos arrendamientos ha sido consolidado por las leyes de rentas (Rent Act) de 1968 y 1974.

Los arrendamientos amparados por dicha ley son los de casas o partes de ellas arrendadas como viviendas separadas. La ley contiene un número importante de excepciones al ámbito de su aplicación, siendo las más importantes las siguientes: casas cuyo arrendador sea una Corporación o Institución exceptuada (como, por ejemplo, los Municipios), excepción que tiene una importancia numérica muy considerable -- puesto que, según datos correspondientes a Inglaterra y Gales, en 1974, dos terceras partes de esta clase de arrenda-

mientos estaban constituidos por dichas Entidades; viviendas formando parte de un inmueble, que no sea un bloque de apartamentos en el que residiera el arrendador al formalizarse el contrato, subsistiendo esta situación; arrendamientos en los que el arrendador se obliga, mediante el pago de una renta adecuada, a dar servicios personales o de pensión alimenticia; arrendamientos de temporada de vacaciones; -- arrendamientos de renta baja, inferior a dos tercios del valor rentable del inmueble, que en realidad son los de -- larga duración (como, por ejemplo, 99 años) y cuya renta -- suele ser tan baja porque media una importante cantidad sa tisfecha por el arrendatario en concepto de prima al cons-- tituirse su derecho, estando protegidos por otros cauces -- legislativos; y viviendas suntuarias cuya renta anual sea superior a £1500 en el Gran Londres y £ 750 fuera, cuya -- permanencia en el mercado inmobiliario libre se estima jus tificada.

El control de las rentas, según la Ley de 1968, se -- realiza con arreglo a previsiones muy elaboradas para de-- terminar el máximo de renta perceptible en los arrendamien-- tos protegidos de viviendas. Tales previsiones varían se-- gún que el arrendamiento sea "regulado" (regulated) o "con-- trolado" (controlled).

Arrendamientos controlados son los de renta baja en -- relación con la que debería corresponderles según mercado, que sobrevivieron a las masivas liberaciones efectuadas -- por las leyes de Rentas (Rent Act) de 1957 y de Viviendas (Housing Act) de 1972 y, por lo tanto, sujetos todavía a -- las previsiones de las mismas. La máxima renta perceptible

en este tipo de arrendamientos está determinada en función del valor bruto arrendaticio (gross value) de la vivienda - en 6 de noviembre de 1956, fecha a la que se remite la Ley de 1957. El valor bruto arrendaticio es el valor locativo - del inmueble en el año de que se trate (1956), sufragando el arrendador el coste de todas las reparaciones y seguros. En el supuesto más normal, cuando el arrendatario es responsable de la decoración interna y el arrendador de todas las - reparaciones, la renta se fija en el doble del valor bruto arrendaticio. Los porcentajes varían en función de como se reparten las respectivas obligaciones. Si el arrendador no realiza las reparaciones a las que está obligado, el arrendatario puede reducir la renta a dos tercios del valor bruto arrendaticio, previa obtención de un "certificado administrativo de mal estado o abandono" (certificate of disrepair).

La ley establece previsiones para una actualización de la renta en virtud de mejoras hechas por el arrendador, mediante el consentimiento del arrendatario. A falta de esto, las actualizaciones de la renta se realizan en función de - múltiplos del valor arrendaticio de 1956. El resultado es - que las rentas controladas, que tenían por objeto, en 1975, más de medio millón de viviendas arrendadas, son muy inferiores a las rentas reguladas, aun cuando las respectivas viviendas y servicios sean de similar calidad.

Estas últimas -rentas reguladas- son todas las establecidas por razón de arrendamientos residenciales ordinarios que no tengan el carácter de controladas. La máxima renta - perceptible con relación a estos arrendamientos es la deno-

minada "renta justa" que fija un funcionario independiente o Interventor de la Renta (the Rent Officer), cuya decisión puede ser apelada y sometida al superior criterio de un órgano colegiado, llamado Comité de Valoración de la Renta -- (Rent Assessment Committee). Se pueden solicitar variaciones, pero no antes de que haya transcurrido un período mínimo de tres años. Además, cualquier cambio que haya de realizarse está sujeto a facultades de control reservadas al Gobierno para restringir o prevenir aumentos socialmente perjudiciales.

No constituye ilícito civil o penal pactar rentas superiores a la justa, pero el arrendatario puede negarse a satisfacerlas y pedir, en el plazo de dos años, la repetición de lo pagado en exceso.

La antieconomicidad e injusticia de las rentas controladas, y el deterioro inmobiliario al que de "facto" conduce el sistema, obligó a la reforma legislativa de 1969 -Ley de Viviendas o "Housing Act"- para la transformación gradual de las viviendas controladas en reguladas, si bien el procedimiento propuesto es complicado y dilatorio, por lo que -- por el momento no se han registrado resultados espectaculares. Por consiguiente, en el terreno de las rentas controladas continúa registrándose un progresivo deterioro de la situación.

La seguridad de la tenencia arrendaticia se consigue -- enervando la aplicación práctica de las causas de extinción de los arrendamientos reales admitidas en Derecho común. La extinción producida por una de dichas causas va automática-

mente seguida por lo que la Ley de 1968 llama un arrendamiento estatutario o legal (statutory tenancy), que más que un - arrendamiento propiamente dicho es un estatuto de inamovilidad, un derecho estatutario o legal de permanecer en la posesión en los mismos términos y condiciones del contrato originario, siempre que se den las circunstancias prevenidas en - la Ley. Para su existencia han de darse estos tres requisitos: existencia de un arrendamiento contractual protegido, - que haya de extinguirse, y que el arrendatario ocupe, total o parcialmente, en concepto de residencia propia. Excepcionalmente, es transmisible en caso de muerte del inquilino, en favor del viudo o familiar que con él viviere en el momento del fallecimiento y, si son varios, decidirán entre sí o, en - su defecto, los Tribunales. La subrogación "mortis causa" en un arrendamiento protegido (regulados y controlados) puede - producirse dos veces, pero el controlado sólo puede sobrevivir como tal una sola vez, pues a la segunda pasa a ser regulado.

Su extinción únicamente puede ser debida a que el inquilino renuncie a su derecho o bien por decisión del Tribunal competente. Lo primero sucede con frecuencia y es lícito en virtud de compensaciones económicas ofrecidas por al arrendador, cuya aceptación no compromete al arrendatario hasta que consume el abandono de la posesión. El Tribunal únicamente - puede emitir un decreto extintorio de la posesión si se acredita ante él alguna de las "bases para recuperar la posesión" (grounds for possession), especificadas en la ley, y si además considera razonable emitir tal orden. Este último requisito otorga al Juez un amplio criterio discrecional para --

apreciar todas las circunstancias concurrentes en el momento del juicio (Rhodes v. Cornford, 1947). Así, si el motivo para recuperar la posesión es el atraso en el pago de las rentas, los jueces suelen dar una generosa oportunidad para que el arrendatario supere su situación de morosidad.

Los motivos más frecuentes e importantes para pedir el desahucio son los siguientes:

- A) Cuando el inquilino, a juicio del Tribunal, disponga de otra vivienda adecuada a sus necesidades personales y familiares, protegida o de seguridad posesoria similar y -- próxima a su lugar de trabajo (alternative accomodation). . El alojamiento alternativo y suficiente es, con frecuen-- cia, ofrecido por el arrendador y a veces los Tribunales consideran que el ofrecimiento es suficiente aunque la vivienda actual sea protegida y la que se ofrezca sea meramente controlada, y por ello de renta más elevada, solu-- ción que se admite con facilidad si el arrendatario tiene medios económicos para pagar la nueva renta. Un ingenioso criterio jurisprudencial ha permitido que a través del -- "alojamiento alternativo" pueda enervarse el subarrenda-- miento compartido con el arrendamiento (o situación de realquilado), ya que al confinarse el arrendatario en una - parte de la vivienda para subarrendar el resto "limita -- sus necesidades" y permite que el arrendador pueda ofre-- cerle como suficiente vivienda muy inferior a la que inicialmente ocupaba.
- B) Impago de la renta e infracción de obligaciones arrendaticias (non-payment of rent or breach of tenancy obligation),

siendo la primera de estas causas la que con más frecuencia se da en la práctica.

- C) Actividades molestas, incómodas, ilegales o inmorales (nuisance or annoyance or illegal or immoral user). Hay base o motivo para el desahucio si el inquilino o subarrendatario, o cualquier persona residente con ellos, es hallado culpable, si bien el grado de control que el inquilino podía haber ejercido sobre la persona en cuestión es un factor a tener en cuenta por el Juez al tomar la decisión.
- D) Cese de la ocupación o empleo que daba derecho a ocupar — la vivienda (premises reasonably required for employee), — es decir, cuando la vivienda tiene la condición de salario-habitación. Si la relación de trabajo se interrumpe, el Tribunal puede acordar el desahucio si la vivienda puede racionalmente necesitarse por su dueño para un fin similar.
- E) Cuando el arrendador requiera razonablemente la vivienda para sí o para algún miembro de su familia (padres o hijos mayores de 18 años, incluyéndose los suegros en el caso — de los arrendamientos regulados); se excluye, en todo caso, de este beneficio al arrendador que compra la vivienda arrendada (landlord by purchase) después del 7 de noviembre de 1956 ó 23 de marzo de 1965, según se trate, respectivamente, de arrendamientos controlados o regulados. Además, el arrendatario puede defenderse del desahucio que — en este último caso se produciría si, considerada la situación de ambos litigantes, el desahucio acarrearía mayor perjuicio que beneficio (can show that "greater hardship would be caused by granting the order or judgment than by

refusing it"). Hay, pues, un amplio criterio de discrecionalidad que se confía al Tribunal para que haga uso de él en función de las circunstancias concurrentes, referidas no sólo al dueño e inquilino, sino también a sus familiares, dependientes y otras personas posiblemente afectadas (Hart v. Frampton, 1948).

- F) Previo aviso, antes de constituir el arrendamiento, el -- dueño-ocupante que arrienda su vivienda (por ejemplo, por que sea destinado al extranjero), puede recuperarla cuando la necesite de nuevo para él o algún miembro de su familia que con él viviera cuando ocupó por última vez su - residencia, y
- G) Viviendas adquiridas para ser ocupadas después de la jubilación. Un trabajador por cuenta ajena que adquiriera una - vivienda en el campo o en el mar, con vistas a su jubilación, puede alquilarla, advirtiéndolo por escrito al arrendatario que habrá de desalojarla cuando él la necesite -- por el motivo indicado.

Cualquiera que sea el título de que esté investido el - arrendador para recuperar el disfrute y disponibilidad de la vivienda, no puede, en ningún caso, acudir al expediente de "recuperación pacífica de la posesión" (peaceful re-entry). - La resolución judicial es inexcusable. Prescindir de ella, intentando la ocupación directa u hostigando al inquilino para el abandono, o, simplemente, perturbando su pacífico disfrute, constituye un delito contra el cual se puede solicitar - la protección de la policía y del Ayuntamiento.

1.7.2. Arrendamientos de inmuebles compartidos con el arrendador (lettings by resident landlords) y asimilados.

El sistema legal en esta clase de arrendamientos tiene su origen en la Ley de Control de Rentas de Casas Amuebladas (The Furnished Houses - Rent Control - Act) de 1946, consolidada por la Ley de Rentas (Rent Act) de 1968, cuya parte VI si gue titulándose arrendamientos amueblados (furnished lettings). Desde 1974, sin embargo, el hecho de que una vivienda arrendada lo sea con muebles, no implica que su régimen jurídico haya de sustraerse al de los arrendamientos residenciales or dinarios y someterse al que ahora vamos a estudiar. De otra parte, los inmuebles, o parte de ellos, alquilados por arrendador que también resida en ellos (lettings by resident land lords). amueblados o sin amueblar, han quedado al margen de los mecanismos ordinarios de protección arrendaticia, antes-vistos, e incluidos en la parte VI de la ley de 1968, en la-que hay notable mezcla, y aun confusión, de conceptos. La enu meración contenida en dicha parte del texto legislativo de -1968, comprende, además de tales arrendamientos compartidos, derechos personales de goce inmobiliario (v. 2 siguiente) cu yo objeto sea viviendas amuebladas y arrendamientos en los -que el arrendador se obliga, mediante el pago de una renta -adecuada, a dar pensión alimenticia o servicios personales. :

En principio, la definición legal del contrato, a los -efectos de su protección específica, está contenida en la --ley de 1968. De acuerdo con ella, es aquel contrato por el -cual una persona otorga el derecho a ocupar una vivienda como residencia, a cambio de una renta que incluye el pago por el uso de muebles o servicios. La nueva orientación legislati-

va, a que acabamos de hacer referencia, ha supuesto una transformación de tal concepto, cuya actual redacción es la siguiente: contrato por el cual una persona otorga el derecho a ocupar, como residencia, viviendas a las que sea de aplicación la Parte VI de la ley antes citada.

El control de rentas se lleva a efecto a través del -- Tribunal de Rentas (Rent Tribunal) constituido por un Presidente y otros miembros, generalmente dos, designados por el Ministerio del Medio Ambiente (Secretary of State for the Environment). El procedimiento seguido por estos Tribunales, al que puede acudir cualquier parte contratante, es sumamente informal: se solicitan datos de ambas partes y hay una vista o audiencia pública, precedida de inspección de la vivienda. Sus decisiones son inapelables.

La discrecionalidad del criterio del Tribunal es aun mayor que la que se otorga al Comité de Valoración de la Renta (Rent Officers and Rent Assessment Committees), competente en materia de arrendamientos residenciales ordinarios. El Tribunal tiene tres opciones: aprobar la renta pactada, reducirla a la cantidad que estime razonable, considerando todas las circunstancias, o declararse incompetente (dismiss the reference altogether). En la práctica suelen actuar calculando la renta razonable de la vivienda como si fuera arrendamiento residencial ordinario, para lo cual se suelen guiar de la pauta que les marca con su actuación el Comité de Valoración de la Renta y el Interventor, sumando después el coste de los muebles y servicios, según los casos, y el beneficio razonable que por estos conceptos deba percibir el arrendador. Los Municipios llevan un Registro de estas --

rentas que son inmodificables, aunque la vivienda sea transformada por el arrendador, sin la expresa autorización del Tribunal y, no obstante, el cambio de arrendatario. Es decir, que la renta así fijada opera "in rem".

El Tribunal de Rentas, a petición de las partes o de las autoridades locales, puede reconsiderar la renta de un arrendamiento registrado sobre la base únicamente de un "cambio de circunstancias" (change of circumstances) concepto que, aun carente de precisión legal, puede consistir en aumento de tarifas en los servicios, mejoras o cambios en las viviendas, o en el mobiliario, etc... No hay, como en los arrendamientos de viviendas no amuebladas, posibilidad de una revisión trienal con independencia de tales circunstancias.

Constituye infracción jurídica pedir o aceptar renta superior a la autorizada; en consecuencia, la cantidad pagada en exceso es recuperable por el inquilino; otro tanto se aplica a cualquier cantidad que se perciba en concepto de renovación o cesión del inquilinato.

La seguridad de la tenencia en esta clase de arrendamientos difiere sensiblemente de la que se concede en los arrendamientos residenciales ordinarios. El requerimiento de desalojo (notice to quit) puede ser enervado mediante instancia al Tribunal, lo que automáticamente concede una continuidad posesoria de seis meses durante los cuales cualquier requerimiento de desalojo es inoperante a menos que el Tribunal, en casos en que a su juicio no esté justificada la protección, decida descartarla totalmente.

También puede buscarse al amparo del Tribunal, para - que asimismo acuerde una prórroga de seis meses, después -- que el requerimiento de desalojo se haya producido, pero an tes de que haya expirado el plazo para llevarlo a efecto. - Teóricamente es posible que un inquilino obtenga sucesivas concesiones de continuidad o prórrogas hasta el infinito, - pero en la práctica los Tribunales son reacios a conceder - prórrogas muy dilatadas. Inversamente, si hay incumplimiento de contrato por parte del inquilino, el arrendador puede so licitar del Tribunal la reducción de la prórroga en curso.

La dualidad jurisdiccional-administrativa aplicable a ambas clases de arrendamientos tiene escasa justificación, - tanto práctica como teórica, máxime cuando es frecuente que sean las mismas personas las que integran el Tribunal y el - Comité. Por ello, se aboga por una progresiva unificación - de ambos sistemas, atribuyendo al Interventor de la Renta - (the Rent Officer), en los arrendamientos de inmuebles com- partidos con arrendador y asimilados, la decisión en prime- ra instancia y reservando todas las apelaciones por razón - de ambas modalidades de inquilinato a un Tribunal común a - las dos.

Los contratos a plazo fijo, en lugar de por períodos de tiempo determinado, se extinguen por el transcurso del mismo y no tienen posibilidad alguna de prórroga legal, al amparo de la normativa sobre arrendamientos compartidos y asimila- dos. La seguridad de la tenencia con relación a los arrenda- mientos catalogables dentro de la Parte VI de la ley de 1968, puede bloquearse eludiendo su creación con carácter periódico y constituyendo en su lugar una serie de breves arrenda-

mientos a plazo fijo. Para los arrendamientos compartidos propiamente dichos, el remedio es peor que la enfermedad - (the remedy has consequences much worse than the disease), porque se transforman en arrendamientos residenciales ordi
narios.

1.7.3. Arrendamientos a largo plazo (long tenancies)

El concepto legal de los arrendamientos a largo plazo está recogido en la Ley de Arrendador y Arrendatario (Land lord and Tenant Act) de 1954 y en la de Reforma de los -- Arrendamientos Reales (Leasehold Reform Act) de 1967. En -- lo concerniente a las relaciones entre arrendador y arrendatario, se entiende por arrendamiento a largo plazo el de duración superior a 21 años. En 1967 se estimó que aproximadamente un millón y cuarto de casas en Inglaterra y Gales estaban arrendadas a largo plazo, muchas de ellas por razón de arrendamientos reales constituidos en las épocas Eduardina y Victoriana. En realidad representaban una asociación financiera entre los dueños de los terrenos y los constructores, siendo frecuente el plazo de 99 años. Quienes adquirían la propiedad de lo construido, pagaban, por razón del arrendamiento real creado entre dueño del terreno y constructor, una renta que representaba el valor del terreno como solar, abstracción hecha del valor en renta -- de lo edificado. En todos estos casos el propósito principal ~~del~~ constructor era obtener un beneficio y desaparecer inmediatamente de la escena, pero recientemente algunos ur
banizadores de zonas residenciales han preferido constituir arrendamientos a largo plazo en lugar de transmitir la per

tenencia plena, a fin de mantener el control de la zona, exi gir con mayor comodidad el cumplimiento de pactos positivos (positive covenants) y, al extinguirse simultáneamente to-- dos los arrendamientos, remodelar la zona.

A los arrendamientos a largo plazo rara vez les son de aplicación las normas relativas al inquilinato de viviendas a que nos hemos referido en los dos subapartados anteriores, bien por razón de su duración o de lo bajo de su renta. Su normativa está contenida en las ya mencionadas Ley de Reforma de los Arrendamientos Reales (Leasehold Reform Act) de - 1967 y en la de Arrendador y Arrendatario (Landlord and Te-- nant Act) de 1954.

La primera de las leyes citadas confiere a los arrenda tarios un derecho de opción a adquirir la pertenencia plena del inmueble (a modo de derecho de redención), o una prolon- gación de su arrendamiento a largo plazo.

Las condiciones que han de concurrir para que la op-- ción sea posible son las siguientes: arrendamiento a largo plazo (superior a 21 años) y baja renta (inferior a dos -- tercios del valor rentable del inmueble); tratarse de casa, no de piso o apartamento, cuyo valor arrendaticio anual no exceda de £ 1.500 en el Gran Londres ó £ 750 en cualquier-- otra zona y, por último, ocupación como residencia única o principal consecutivamente durante los últimos cinco años-- o durante cinco de los diez años últimamente transcurridos.

El procedimiento para ejercitar el derecho se reduce -- a un simple requerimiento realizado por el arrendatario -- al arrendador, en los términos legales, optando por una de

las dos posibilidades que le son ofrecidas; la referencia indistinta a ambas anula el requerimiento (Byrnlea Property Investments Ltd. v. Ramsey, 1969). La práctica del requerimiento crea, entre arrendador y arrendatario, un precontrato registrable.

Un subarrendatario en posesión que opte por la adquisición de la pertenencia plena está titulado para que su adquisición se lleve a cabo libre de posibles arrendamientos o subarrendamientos intermedios, dividiéndose el precio entre el arrendador y los titulares de tales derechos intermedios.

Supuesto que el arrendatario pretenda una prolongación de su arrendamiento a largo plazo (extended lease), en realidad a lo que tiene derecho es a que se le otorgue un nuevo arrendamiento en sustitución del anterior, por un plazo de 50 años a partir de la fecha de extinción del arrendamiento base. Comparada esta opción con la anterior, resulta poco atractiva y consistente y, por tanto, es infrecuente en la práctica. Extinguido el plazo primitivo, se pierde la opción para adquirir la pertenencia plena o para pedir una nueva prolongación. El titular del derecho locativo prolongado no tiene derecho a continuar como arrendatario al expirar su prórroga y corre el riesgo de que el arrendador, con una antelación mínima de once meses al comienzo del período de los cincuenta años de eventual prórroga, solicite del Tribunal una orden de extinción del arrendamiento -con compensación económica, por supuesto-, a fin de demoler y reconstruir la casa por completo o en una parte sustancial.

Los términos económicos en que ha de llevarse a efecto la prórroga del arrendamiento, entrañan la invariabilidad -

de la renta durante el período que precede a la prolongación y para los cincuenta años siguientes la fijación del moderno valor arrendaticio del solar, calculado en la fecha de la prolongación y con una revisión a los veinticinco años. El cálculo del precio, cuando se opta por la adquisición de la pertenencia plena, se hace con arreglo a dos criterios cuya armonización práctica, para no lesionar los legítimos intereses de ambas partes, no resulta fácil: capitalización de la renta y evaluación del derecho del arrendador a la reversión del solar. Cuanto más próximo está a extinguirse el arrendamiento, más importancia adquiere el segundo factor y menos el primero. Si las partes no se ponen de acuerdo en la concreción monetaria de sus derechos, ésta debe ser determinada por el Tribunal Inmobiliario (lands Tribunal) al que se refiere la Ley de Reforma Arrendaticia (Leasehold Reform Act) de 1967.

La Ley de Arrendador y Arrendatario (Landlord and Tenant Act) de 1954 proporciona a los arrendatarios a largo plazo que, según el Derecho común varían extinguidos sus derechos por transcurso del término, una protección peculiar para soslayar el perjuicio inherente a tal extinción. Consiste, en esencia, en permitir al arrendatario permanecer en la posesión al amparo de un arrendamiento regulado (v. 1.7.1 precedente) y con obligación de pagar una renta fijada por el Interventor de la Renta (Rent Officer). Normalmente, sin embargo, los arrendatarios optarán por los más atractivos privilegios de la Ley de 1967, que son los antes expuestos.

1.7.4. Arrendamientos de locales de negocios (business tenancies).

Se ha considerado merecedora de protección la vulnerable posición económica de los arrendatarios de locales de negocios, que corren el riesgo de perder parte importante de su clientela si su derecho arrendaticio se extingue injustificadamente y se ven precisados a trasladar la sede de su actividad mercantil, enriqueciendo correlativamente al arrendador, también sin justificación, con la plusvalía que el local haya adquirido con el trabajo y el esfuerzo creador del comerciante. El sistema habilitado para el control de la renta y la estabilidad del arrendamiento -con la consiguiente salvaguarda del prestigio y nombre comercial (goodwill), monetariamente valorables a la hora del traspaso, y de las mejoras efectuadas en el local- está contenido en la parte II de la Ley de Arrendador y Arrendatario (Landlord and Tenant Act) de 1954, modificada por la parte I de la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1969.

A los efectos de la protección dispensada por estas leyes, se estima que hay arrendamiento de local de negocio si, total o parcialmente, el inmueble poseído por el arrendatario se destina a actividades con fin lucrativo (industriales, comerciales, profesionales, etc...), o para tales fines y otros diversos, en forma alternativa.

La estabilidad arrendaticia que las leyes proporcionan a esta clase de derechos locativos consiste en que, tanto si son periódicos como a plazo fijo, no pueden extinguirse si no es a través de un meticoloso procedimiento de requeri

tos mutuos e instancias al Tribunal competente; mientras todo esto acontece el arrendamiento subsiste normalmente. La legitimación activa para pedir la extinción del contrato corresponde, según es lógico, al arrendador y subarrendador -- mientras que el arrendatario y subarrendatario están facultados para solicitar la prórroga. Si las inevitables negociaciones no arriban a buen puerto, el peticionario, si no quiere perder el derecho de que su contrato se extinga o renueve, respectivamente, ha de instar la protección del Tribunal competente antes de que transcurran cuatro meses desde que las negociaciones hubiesen dado principio. Instado el mantenimiento o constitución de un nuevo arrendamiento o subarrendamiento, el anterior subsiste, al menos durante tres meses más después que en el procedimiento haya recaído resolución firme.

El aspecto sustancial de la protección consiste en la facultad atribuida al arrendatario para obtener un nuevo arrendamiento, a menos que el arrendador pueda apoyarse en alguna de las bases de oposición (grounds of opposition) especificadas en la ley. La de Arrendador y Arrendatario de 1954 enumera siete conceptos en virtud de los cuales un arrendador puede oponerse a la concesión de un nuevo arrendamiento: a) incumplimiento por el arrendatario de la obligación de reparar; b) retraso persistente en el pago de la renta; c) otros hechos que evidencien mal comportamiento por parte del arrendatario; d) disponibilidad de otra instalación; e) que el arrendatario lo sea sólo de parte de la propiedad originalmente arrendada, como consecuencia de cambios sobrevinidos a lo largo de la relación arrendaticia, pudiendo el arrendador obtener una renta mayor, volviendo a arrendar el

inmueble como un todo; f) el propósito del arrendador de demoler o reconstruir, en ambos casos con utilidad que debe --probar, y para la cual constituya requisito indispensable la no renovación del arrendamiento, sin que basten las facilidades que el arrendatario, eventualmente, pueda ofrecer; y g) el propósito del arrendador de posesionarse del local comercial con fines mercantiles o de residencia.

Las tres últimas causas de oposición indicadas facultan al arrendatario para la obtención de una compensación económica por los trastornos y perjuicios causados. Su cálculo se efectúa según el valor arrendaticio del inmueble, que se duplica si la actividad comercial lleva desarrollándose más de 14 años, valor que en última instancia, y si preciso fuere, ha de determinar el Tribunal competente.

Otro tanto ocurre si las partes no se ponen de acuerdo en los términos del nuevo contrato, en cuyo caso el Tribunal decide discrecionalmente, en función de las circunstancias - del caso, salvo en lo concerniente a la duración del nuevo - contrato que no puede establecer en más de 14 años.

La renta del nuevo arrendamiento ha de ser la correspondiente al local de negocio en el mercado inmobiliario libre, deducidos ciertos conceptos, como mejoras introducidas por el arrendatario. Reaparece, como es lógico, la competencia - del Tribunal en caso de discrepancia, siendo de suma utilidad para su decisión el informe de los peritos inmobiliarios. Para evitar los abusos de las dilaciones procesales y de los recursos injustificados, que muchas veces se financiaban con el importe de las posibles elevaciones de las rentas cuando

aquellas podían ser importantes, cabe fijar una renta interina cuya vigencia se extiende desde el momento en que se cuestiona la renovación del arrendamiento hasta el momento en -- que se acuerda definitivamente la misma. La renta interina -- es también una renta de mercado que se basa en los criterios de los arrendamientos anuales.

En principio, las partes no podían renunciar (contrac--ting out) a los beneficios que las leyes les otorgaban. Ante esta limitación muchos arrendadores preferían no arrendar. -- Para evitar este nocivo resultado se reconoció la posibili--dad de tal renuncia, con la cautela de la previa aprobación del Tribunal, que la concede tras informar clara y completa--mente al arrendatario de las consecuencias de sus actos y -- comprobar que no se haya en situación de opresión o agobio.

1.7.5. Arrendamientos rústicos (Agricultural Holdings)

Los arrendatarios de explotaciones agrarias precisan -- seguridad en su situación jurídica a fin de sentirse estimu--lados a introducir mejoras inmobiliarias, adquirir maquinaria, etc... La Segunda Guerra Mundial marca el momento en -- el que, también por poderosas razones estratégicas, el cri--terio tutelar arraigó y se desarrolló firmemente.

El concepto legal de explotación agraria como objeto -- de arrendamiento está contenido en la Ley de Arrendamientos Rústicos (Agricultural Holdings Act) de 1948, que la define como "el conjunto de fincas rústicas incluídas en un contra--to de arrendamiento". La idea de explotación implícita en -- este concepto, encierra un claro matiz comercial o mercan--

til, es decir, de actividad propiamente económica, lo que entraña que los arrendamientos de pequeñas parcelas para ser usadas como jardines destinados al disfrute privado, queden excluidos del concepto de arrendamientos rústicos.

La ley instrumentó la estabilidad arrendaticia limitando los supuestos en los que el arrendador puede válidamente requerir de abandono al arrendatario. Este mecanismo es aplicable, en principio, únicamente a los arrendamientos periódicos, principalmente anuales, pero la ley, a estos efectos, equipara a tales arrendamientos los pactados por dos años o de duración superior y los de menos de un año. La asimilación no alcanza, por efecto de un curioso fallo legislativo, a -- los arrendamientos de más de un año y menos de dos, que se -- extinguen por transcurso del paso del tiempo; es ésta una excepción de criterio protector que también alcanza a los arrendamientos de pastos o de corta de hierba durante determinados y especificados períodos del año.

Respecto a un arrendamiento rústico anual o asimilado, el requerimiento de desalojo ha de efectuarse con una antelación mínima de un año y basándose en alguna de las siete circunstancias previstas en la ley. Tales causas legales son: -- a) autorización previa del Tribunal de Fincas Rústicas (Agricultural Land Tribunal); b) utilización del suelo con fines no rústicos; c) mal cultivo de la explotación agraria; d) -- impago de renta después de haber sido demandado legalmente -- el arrendatario para ello; e) incumplimiento de obligaciones pactadas; f) quiebra; y g) fallecimiento del arrendatario -- con quien se contrató. La última de las causas es la más importante, por su aplicación general, a menos que el arrenda

tario sea una persona jurídica. Si media traspaso del arrendamiento, el cesionario que recibe del arrendatario que inicialmente contrató con el arrendador, adquiere una pertenencia menos plena, limitada a la vida de otra persona (estate "~~pour~~ autre vie"). La ratificación por el Tribunal, "a posteriori", de un requerimiento de desalojo no basado en alguno de los indicados motivos, ha de tener su apoyo también en -- causas determinadas legalmente, si bien las normas son de -- amplia interpretación por el Tribunal.

Una vez requerido de desalojo, el arrendatario ha de contestar en tiempo y forma -perdiendo sus derechos en otro caso, lo que supone un rigor excesivo para los agricultores-, acogiéndose al amparo automático de la ley, si no se alegan alguno de los siete motivos antes enumerados, o solicitando un arbitraje si el motivo existe. En el primer caso, el arrendador puede pedir "a posteriori" la ratificación del requerimiento por el Tribunal.

La renta, a falta de acuerdo, se determina también por arbitraje instituido según los términos de la ley. El crite-rio de fijación es el precio de mercado libre, deduciéndose -cantidades por razón de determinados conceptos, por ejemplo, las mejoras introducidas por el arrendatario. La renta es revisable, por acuerdo o arbitraje, cada tres años.

2. DERECHOS PERSONALES (AUTORIZACIONES O LICENCIAS) DE GOCE INMOBILIARIO (licences).

- o - o - o -

Muy próximas, en el orden práctico, a los arrendamientos reales, pero de naturaleza profundamente diversa, por cuanto, en principio, son simples derechos de crédito o personales, las autorizaciones o licencias de goce inmobiliario son, sin embargo, objeto de estudio dentro del Derecho inmobiliario inglés cuyos tratadistas, una vez más, se despreocupan de cualquier planteamiento doctrinal rigurosamente dogmático. Consisten estos derechos en una facultad concedida por quien ocupa un inmueble -- con título bastante, que habilita para entrar en finca ajena, con el fin de obtener un goce inmobiliario previamente convenido. A diferencia del arrendamiento real, las licencias no confieren la posesión exclusiva del predio y son derechos de naturaleza generalmente equitativa.

Su importancia práctica ha tenido un espectacular aumento en los últimos años debido, en parte, a motivaciones espúreas: los propietarios-arrendadores de fincas han pretendido servirse de esta modalidad contractual -- con el propósito de eludir las onerosas restricciones a sus derechos impuestas por la legislación arrendaticia. Se trata de una maniobra que los Tribunales ingleses han abortado con toda firmeza. Algo muy similar -- en el planteamiento y en el desenlace -- a lo ocurrido en nuestras latitudes con el intento de enmascarar auténticos arrendamientos de viviendas protegidas por la LAU con contra-

tos de opción de compra cuyo precio es el equivalente -- económico de la renta o merced arrendaticia.

Las licencias de goce inmobiliario se clasifican -- atendiendo a su contenido principal, es decir, a los efectos que producen entre autorizante y autorizado. Pero no podemos entrar en su exposición, ni en la búsqueda de semejanzas y paralelismos con nuestras instituciones jurídicas, sin antes observar que no existe en nuestro Ordenamiento un equivalente global de esta institución foránea. Las varias funciones asignadas por los juristas ingleses a esta institución, están presentes en forma dispersa y fragmentaria en nuestro Derecho, habiendo cristalizado en instituciones que apenas guardan parentesco entre sí.

Las licencias de goce inmobiliario gratuito o en -- precario, que el concedente puede revocar en cualquier momento, constituyen un permiso para usar o gozar de finca ajena practicando algún deporte, contemplando el paisaje, etc... Saltan a la vista las coincidencias funcionales, y aun institucionales, entre esta especie de licencia y el llamado contrato de precario (de "preces", - ruego, imprecación) del Derecho romano, que estudian CASTAN y CALVILLO (op. cit.; págs. 405 y siguientes). En -- aquel Ordenamiento jurídico se le definió como contrato por el que una persona concedía a otra el uso gratuito de una cosa con la facultad de revocárselo a su arbitrio. El entronque del precario con nuestro Derecho prodúcese, para las cosas muebles, a través del artículo 1750 del - Código Civil que, en los casos en que no se pacta la du-

ración del comodato (especie cuyo género es el precario) ni el uso de la cosa, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, autoriza al comodante para reclamar aquélla a su voluntad. La vertiente inmobiliaria del precario, a la que se refiere el artículo 1565 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no supone -necesariamente -aunque no lo excluye- un contrato o posesión concedida o tolerada. Normalmente, se trata de una situación posesoria de puro hecho o incluso ilegítima --en cuyo caso, en Derecho inglés, estaríamos no ante una licencia sino ante un ilícito civil o transgresión (trespass) de un derecho ajeno- para privar de la cual utilizamos el juicio de desahucio. Lo que ocurre es que en nuestro Ordenamiento jurídico, a diferencia del inglés, el remedio posesorio contra el precarista inmobiliario es -el mismo tanto si éste es un transgresor como un beneficiario tolerado o consentido.

También advertimos en las licencias inmobiliarias -gratuitas un claro regusto a la figura jurídica que nuestros tratadistas denominan "ius usus inocui", sobre todo si lo interpretamos como una tolerancia del dueño de la finca (ALBALADEJO; op. cit.; III,1; pág. 256), más que -como una limitación a la facultad dominical de excluir - (LOPEZ DE HARO, El "ius usus inocui", en Revista de Derecho Privado, 1920, págs. 16 y siguientes), o como una manifestación de la doctrina del abuso del derecho (PUIG -BRUTAU, Fundamentos...; III,1; pág. 271, y CASTAN, op. -cit. 2,I; pág. 163). Efectivamente, si ponemos el acento de esta institución en la tolerancia del dueño de la finca, que permite entrar en ella con fines diversos, que -

pueden coincidir con los previstos para las licencias -
gratuitas del Derecho inglés, estamos admitiendo la exis-
tencia de un implícito acuerdo de voluntades entre di-
cho dueño y quienes se benefician de su tolerancia o, -
al menos, de un consentimiento de aquél. Esta toleran-
cia, además, y para mayor semejanza con lo regulado en
Inglaterra, puede terminar por un acto de voluntad domi-
nical -y, por tanto, unilateral- tan sencillo como el -
de hacer uso de la facultad de acotar o cerrar las fin-
cas (art. 388 del C.C.).

Las licencias de goce inmobiliario accesorias de de-
rechos reales consisten en un poder de penetrar en pre-
dio ajeno como facultad instrumental para hacer uso del
derecho principal: practicar la caza y llevarse las pie-
zas abatidas, cortar árboles y retirarlos, recoger agua
de una fuente o manantial, etc... En Derecho español, --
las facultades de contenido más similar al de estas li-
cencias inglesas son las denominadas servidumbres acceso-
rias (v. CASTAN, op. ct.; 2,II; pág. 123), que constitu-
yen un medio indispensable para el ejercicio de la prin-
cipal. Su reconocimiento legal está contenido en el artí-
culo 542 del C.C., que entre los derechos del dueño del
predio dominante incluye los que son necesarios para el
uso de la servidumbre, los cuales se entienden concedi-
dos por ésta. Así, por ejemplo, en la servidumbre de to-
mar agua de una fuente ajena está incluido el derecho de
paso por el fundo donde la fuente se halla (art. 556 del
C.C.). De otra parte, a la vista de lo dispuesto por la
Ley de Caza (4-4-1970) y su Reglamento (25-3-1971), que -

autorizan la práctica de actividades cinegéticas en predios ajenos que no estén vedados ni materialmente cerrados o acotados, hay que concluir que el derecho a pasar por tales fincas tiene carácter complementario del derecho a cazar. Estas instituciones hispanas se distancian, sin embargo, de sus parientes inglesas en que hay en su origen un fuerte componente legal. Las servidumbres accesorias españolas, además, sólo se asemejan a este tipo de licencias en su contenido. Se diferencian de ellas en algo tan importante como que aquéllas no pueden existir -- sin una servidumbre principal, cosa que no ocurre con -- las licencias, que son derechos distintos de las servidumbres.

Las licencias de origen contractual y carácter oneroso, se diferencian de las estudiadas en primer lugar -- precisamente por su onerosidad. Son ejemplos jurisprudenciales de las mismas los de quienes adquieren una localidad para el teatro o las carreras o contratan la explotación del bar de un teatro. Unos y otros tienen facultades para entrar y permanecer en el inmueble, a los respectivos fines y en la forma y tiempo adecuados a ellos. En la actualidad, en virtud de la interpretación que los Tribunales vienen dando a su naturaleza, se llegan a confundir con el derecho principal creado por el contrato. En consecuencia, son siempre protegibles en función de aquél. En Derecho español, las semejanzas con este tipo de licencias son localizables en el área de los arrendamientos de cosas o de servicios que indudablemente facultan al arrendatario -- el adquirente del derecho, a cambio

del precio a que se le preste el servicio o al uso de la cosa- a penetrar en inmueble ajeno en las condiciones -- precisas para obtener la prestación contractual a la que tenga derecho.

Finalmente, también hay derechos personales de goce inmobiliario engendrados por aplicación de la doctrina - de los actos propios, de acuerdo con la relativa equivalencia entre este principio general de nuestro Derecho y el "estoppel" inglés, a la que nos hemos referido en el comentario al apartado anterior. La jurisprudencia en -- torno al tema es muy abundante. La amplitud de la protec ción concedida al autorizado varía en función de las circun stancias: exigir del autorizante la transmisión de la pertenencia legal del inmueble sobre el que construyó -- con su aquiescencia; disfrute de la licencia por tiempo indefinido; permanecer en el inmueble de por vida y, en -- cualquiera de estos casos, y según sus peculiaridades, -- pagando o sin pagar el equivalente económico. Estamos, en realidad, ante supuesto de acto propio por aquiescencia o condescendencia (estoppel by acquiescence) que DIEZ-PICAZO - (op. cit.; págs. 82 y siguientes) estudia en profundidad. El ejemplo inmobiliario que ahora más nos importa es el -- de alguien (A) (Berrysford v. Millward, 1740; Ramsden v. Dyson, 1866), que comienza a edificar en un predio supo-- niendo que es suyo y el verdadero propietario (B), cons-- ciente del error, se abstiene de hacer valer su derecho y deja al edificante perseverar en su error. Para que la -- doctrina que comentamos sea de aplicación a este supuesto, es menester que concurren los siguientes requisitos: 1º.A,

debe haber sufrido una equivocación a consecuencia de la cual está invadiendo el derecho de B.; 2º.B, debe conocer la existencia de su propio derecho, que es incompatible con los actos de A; 3º.B, debe conocer además la creencia equivocada de A de obrar rectamente; 4º.A, debe haber realizado algún desembolso patrimonial o cualquier otro acto con base en su creencia equivocada; 5º.B, debe haber alentado a A a realizar estos actos, por lo menos absteniéndose de afirmar su derecho.

La accesión artificial o industrial en bienes inmuebles, cuando se efectúa en suelo ajeno con materiales propios y de buena fe, constituye un supuesto genérico en el que caben situaciones análogas al acto propio por condescendencia del Derecho inglés. La solución patrocinada por nuestro Código Civil (art. 361) es la de ofrecer al dueño del terreno (que es el invadido y lesionado por el hecho de otro) la alternativa de hacer suya la obra, plantación o siembra, previa indemnización de los gastos, conforme a lo dispuesto en los artículos 453 y 454 del Código Civil (relativos a la indemnización debida al poseedor de buena fe por los gastos necesarios, útiles y de lujo, con facultad aneja de retener la cosa hasta que se satisfagan los hechos en concepto de necesarios y útiles), o de obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno y al que sembró la renta correspondiente.

Las licencias de goce inmobiliario son susceptibles, en principio, de producir también efectos entre el autorizado y terceros. Pugna esta afirmación con su naturaleza, arriba mencionada, de derechos personales o de crédito.

to. La contradicción se pretende salvar diciendo que se trata de un derecho real en formación. Las licencias -- gratuitas y en precario claramente no vinculan al sucesor en el título del concedente. Las que son accesorias de derechos reales legales obligan a terceros con carácter general, pero si aquéllos son equitativos únicamente afectan a terceros, de acuerdo con las reglas de eficacia de tales derechos. Esto último también es aplicable a licencias surgidas de actos propios. Por último, - la jurisprudencia en torno a las licencias onerosas y de origen contractual es vacilante a la hora de pronunciarse sobre su eficacia frente a terceros.

- o - o - o -

Una modalidad contractual a la que con frecuencia se acude, en sustitución del arrendamiento, siendo sus respectivas naturalezas jurídicas profundamente diversas, es el contrato para la constitución de un derecho personal de goce inmobiliario. Consiste en una facultad, autorización o licencia concedida por quien ocupa un inmueble con título bastante que, sin constituir, en principio, derecho real, habilita para entrar en finca ajena con el fin de obtener un goce inmobiliario previamente convenido. La autorización del ocupante da licitud a actos de significación inmobiliaria que de otro modo consti--tuirían infracción de derechos subjetivos ajenos (trespass). A diferencia del arrendamiento real, el derecho personal de - goce inmobiliario no confiere la posesión exclusiva del pre--dio. Se trata de derechos de naturaleza generalmente equitativa.

En los últimos años, los derechos personales de goce inmobiliario han adquirido notable importancia, pasando a un --primer plano de actualidad jurídica. En parte, ello es debido a que han sido utilizados por los propietarios-arrendadores - de fincas como recurso para eludir las severas restricciones a sus derechos y amplia protección a los arrendatarios, conte--nidas en las varias leyes arrendaticias vigentes. Esta manio--bra fraudelenta, ha sido, generalmente, abortada por los Tri--bunales quienes han declarado la existencia del negocio jurí--dico efectivamente creado -el arrendamiento real- y la invalidez del disfraz con que se ha pretendido encubrirlo. Además, si hasta hace no mucho tiempo podía sostenerse, con cierta seguridad, que estas autorizaciones o permisos constituían derechos personales, sin transcendencia real alguna, las corrientes de opinión más recientes hacen que se tambalee esta afir--

mación, restándole valor general, como luego veremos, al penetrar en el estudio del subapartado relativo a sus efectos frente a terceros.

2.1. Efectos entre autorizante y autorizado

Nos ocuparemos, en primer lugar, del contenido de esta figura jurídica examinando las facultades que confiere al -- autorizado y determinando hasta qué punto queda el autorizante vinculado por el permiso conferido. Dado que los derechos personales de goce inmobiliario se dividen en cuatro categorías, iremos desgranando sus efectos "inter partes" en cada una de ellas.

A) Derecho de goce personal gratuito o en precario (bare or gratuitous licence). Es un permiso en cuya virtud el autorizado puede penetrar en el inmueble del autorizante para fines diversos, como la práctica de algún deporte (el "cricket", por ejemplo), disfrutar del paisaje, etc..., y sin contraprestación alguna. Aun cuando se haya pactado en escritura solemne, el permiso puede revocarse en cualquier momento, sin que haya lugar a indemnización alguna por daños (Wood v. Leadbitter, 1845), si bien la revocación no puede tener efecto retroactivo (Armstrong v. Sheppard & Short Ltd., 1959).

B) Derecho de goce personal accesorio a un derecho real (licence coupled with an interest). Un derecho personal de goce inmobiliario tiene carácter accesorio de un derecho real cuando el autorizado, por su condición de titular de un derecho real sobre determinado inmueble o sobre bienes muebles -

existentes en su interior, está autorizado a penetrar en el predio como facultad instrumental para hacer uso del derecho principal. Tal es el caso del derecho a entrar en la finca de otro para practicar la caza y llevarse las piezas abatidas o para cortar árboles y llevárselos (Thomas v. Sorrell, 1673), lo cual, en Derecho inglés, no constituye un solo derecho subjetivo sino la suma, o más exactamente, la articulación de dos, uno de carácter personal y otro real, ambos al servicio de una misma finalidad práctica. En Derecho común, supuesto que el derecho principal sea plenamente eficaz (otorgado en escritura solemne), la autorización es, a diferencia de la modalidad anterior, irrevocable y transmisible (James-Jones & Sons Ltd. v. Earl of Tankerville, 1909); Muskett v. Hill, 1839). En Equidad, no obstante, el efecto que se otorga a un acuerdo en documento privado es el de impedir, mediante un mandamiento judicial de carácter personal (writ of injunction) que el autorizante revoque el permiso concedido, exponiéndose a las sanciones personales pertinentes en caso de desobediencia. En cuanto a su transmisibilidad se ajusta a lo establecido para el derecho real equitativo del que sea accesorio.

C) Derecho personal de goce contractual y oneroso (a contractual licence). Se diferencia del estudiado en primer lugar en que, como queda dicho, se trata de un derecho de carácter oneroso (for value); tal ocurre cuando el autorizado lo es por razón de haber adquirido una localidad para el teatro o las carreras (Wood v. Leadbitter, 1845; Hurst v. Picture Theatres, Ltd., 1915), o por estar contractualmente habilitado en exclusiva a suministrar refrescos en el bar -

de un teatro (Frank Warr Co. Ltd. v. London County Council, - 1904).

En Derecho común, el derecho personal de goce contractual se asemejaba al gratuito en que tampoco era transmisible, siendo además revocable en cualquier momento, incluso - si se había pactado para un plazo fijo que aún no hubiera expirado (Wood v. Leadbitter, 1845). Por lo tanto, aunque el - titular autorizado pudiera pedir indemnización de los daños y perjuicios causados por incumplimiento de contrato, si per-- sistía en ejercitar su derecho después que se le hubiera re- tirado el permiso o permanecía en el predio más tiempo del - razonable para atender el requerimiento revocatorio de reti- rarse del mismo y llevarse sus pertenencias, incurría en in- fracción del derecho del autorizante (trespass) (Cornish v. Sterbbs, 1870).

A la inversa, si había un contrato específico y vinculan- te, explícito o implícito, contrario a la revocación del per- miso antes de que expirase el término contractual, la Equidad regulaba la situación jurídica existente de modo muy distinto. Al amparo de la Ley de Judicatura (Judicature Act) de 1873 y de las peculiares normas y principios equitativos, si el autorizado a título oneroso, por ejemplo, el asistente a una pro- yección cinematográfica era obligado a abandonar el local a - la fuerza y antes de que la sesión finalizase, podía obtener, además de la devolución del precio de la localidad, indemnización de daños por agresión personal (Hurst v. Picture Thea-- tres Ltd., 1915).

Un derecho personal de goce contractual, en virtud de la

evolución que los Tribunales han imprimido a la interpretación de su naturaleza, tanto si es legal como equitativo, se llega a confundir, en la actualidad, con el derecho principal creado por el contrato; en consecuencia, es siempre protegible en función de aquél (*Winter Garden Theatre (London), Ltd., v. Millennium Productions, Ltd.*, 1948).

D) Derecho personal de goce inmobiliario en virtud de acto propio (*licence by estoppel*). Otra racionalizadora y positiva influencia ha ejercido la Equidad en esta figura jurídica, gracias a la doctrina de los actos propios. Una abundantísima jurisprudencia (citaremos sólo algunos casos entre los más recientes: "*Armstrong v. Sheppard and Short*", 1959; "*Inwards v. Baker*", 1965; "*Ward v. Kirkland*", 1967; "*E.R. - Ives Investment Ltd. v. High*", 1957; "*Binions v. Evans*", 1972; y "*Hussey v. Palmer*", 1972) establece que si el titular de un derecho personal de goce lo es en virtud de actos propios -- del autorizante, éste queda vinculado por ellos y no puede revocar la autorización arbitrariamente. Por ejemplo, si A estimula a B a edificar una casa en finca de aquél, sobreentendiéndose que podrá habitarla durante un cierto tiempo, A no puede expulsar a B de la finca inmediatamente después de que termine la construcción de la casa (*Dillwyn v. Llewelyn*, 1862). Si tal autorización es gratuita, el "acto propio" del autorizante es la única base de protección para el autorizado. Si, como más adelante veremos, los derechos personales de goce inmobiliario constituidos en virtud de acto propio del autorizante están protegidos contra terceros adquirentes que conozcan su existencia (*with notice*), pero no así los de origen contractual, o al menos de forma no tan clara, com--

prenderemos la importancia que reviste que el origen alegado sea uno u otro.

La amplitud de la protección concedida a los derechos -- que tienen tan peculiar origen, varía en función de las circunstancias. Así, el autorizado puede quedar facultado para -- exigir que se le otorgue el contrato transmisorio de la parte nencia legal del inmueble (Dillwyn v. Llewelyn, supra), o para disfrutar de la autorización indefinidamente (Plimmer v. Wellington Corpn., 1884; Ward v. Kirkland, 1967), o para permanecer en el inmueble mientras lo desee o de por vida (Inwards v. Baker, 1965), pagando o sin pagar su equivalente económico (Duke of Beaufort v. Patrick, 1853). En la causa "E.R. Ives - Investment Ltd. High", 1967, al considerar la extensión de la protección, se estableció el principio, de valor general, tan genuino, por otra parte, del Derecho inglés, de que debe ser el Tribunal, en cada caso, el que determine de qué manera las exigencias de la Equidad pueden quedar cubiertas.

Tras haber matizado los efectos de una posible revocación del permiso o derecho personal de goce inmobiliario, según -- sus diversas modalidades, digamos, con valor general que, supuesta su revocabilidad, no hay plazo alguno de preaviso est blecido, si bien se ha de conceder al autorizado un término -- razonables para abandonar el inmueble (Minister of Health v. Bellotti, 1944).

2.2. Efectos entre el autorizado y terceros

Es esta una cuestión cuya respuesta, dada la variedad exis

tente de derechos personales de goce inmobiliario, está lejos de ser uniforme y además ofrece no pocas dificultades. Si se trata de un derecho gratuito y en precario, esencialmente revocable por el concedente, está claro que no vincula a sus sucesores en el título. Si el supuesto estudiado es el de un derecho de goce personal inherente o accesorio a un derecho real, se ha de distinguir si este último es legal o equitativo. En el primer caso vincula a cualquier sucesor en el título; si es equitativo afecta igualmente a cualquier sucesor - salvo a quien adquiriera la pertenencia legal de buena fe, a - título oneroso y desconociendo la existencia del derecho. Los derechos personales de goce en virtud de acto propio son, -- respecto a terceros, de eficacia análoga a los inherentes a un derecho real de carácter equitativo, salvo que se regis--tren como cargas, en cuyo caso son eficaces frente a todos.

Los de origen contractual tienen, en cuanto a sus efectos frente a terceros, un tratamiento jurídico poco claro e insuficientemente definido. Hasta hace unos años podía afirmarse, con cierta seguridad, que esta modalidad de derecho - de goce era, si no esencialmente, si naturalmente personal y que al no crear pertenencia ni derecho real alguno sobre el inmueble, no vinculaba al sucesor en el título. Concorde con este criterio, el Tribunal de Apelación (Court of Appeal) resolvió en 1936 (Clore v. Theatrical Properties Ltd.) que un derecho de goce contractual y a título oneroso concedido para explotar el bar de un teatro no vinculaba al adquirente - del mismo, aun cuando tuviere conocimiento de su existencia. Resoluciones más recientes de este mismo Tribunal han erosionado este principio. En 1952 (Errington v. Errington) se de-

cidió que una autorización contractual para ocupar una vivienda vinculaba al adquirente en virtud de sucesión testada (de visée) y que una esposa abandonada por su marido tenía un de recho, similar al pactado para el goce personal de un inmueble, en cuya virtud, y con efectos vinculantes para el comisario o fiduciario de la quiebra de su cónyuge, podía continuar ocupando el domicilio conyugal (Bendall v. Mc Whirter, 1952). El derecho de la esposa abandonada a permanecer en la casa fue, más tarde, calificado como una simple equidad o de recho equitativo puramente personal (v. 4, cap. II) que vincula a los compradores y acreedores hipotecarios conocedores de su existencia (Jess B. Woodcock & Sons Ltd. v. Hobbs, 1955). Finalmente, el llamado derecho equitativo de la esposa abandonada (deserted wife's equity) ha sido repudiado por la Cámara de los Lores -Tribunal Supremo de la Nación- desautorizando la jurisprudencia anteriormente establecida; cualquier derecho de naturaleza conyugal, del que sea titular la esposa, es únicamente ejercitable frente a su marido y no contra sus sucesores en título ni cualquiera otro que tenga la condición de tercero (National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth, 1965). Si bien esta resolución es decisoria únicamente en el caso contemplado, y no con referencia a todas las autorizaciones contractuales, realmente obliga a una revisión de la doctrina aplicable a éstas, lo cual puede ocurrir en futuras decisiones jurisprudenciales.

La decisión de la Cámara de los Lores, rechazando el de recho equitativo de la esposa abandonada, ha sido sustancial mente revocada por la Ley del Domicilio Conyugal (Matrimonial Homes Act) de 1967. Esta Ley concede a cada cónyuge -marido y

mujer- el derecho a continuar ocupando la vivienda propiedad del otro. Su duración se extiende a la del matrimonio, si -- bien los Tribunales pueden acortarla o ampliarla en supuestos de desavenencias matrimoniales o ruptura conyugal. El dere-- cho, aunque queda legalmente configurado como una carga real, sólo vincula a compradores o acreedores hipotecarios si aquél se inscribe como carga inmobiliaria en alguna de las formas - previstas a tal efecto en el Derecho inglés.

De todos modos, y tratando de encuadrar el tema, en su - conjunto, en una perspectiva de valor general, hay que observar que el Ordenamiento jurídico, en este punto, continúa en proceso de desarrollo, dando la impresión de que un nuevo de- recho subjetivo "in alieno solo" o de carácter real, está sur- giendo en el siglo XX.



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5329561220

PAGS. 531 A 66

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

CAPITULO III

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS: MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO

PARTE III

DERECHO INMOBILIARIO COMERCIAL

EPIGRAFES 3 A 5

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

MADRID, 1977



S U M A R I O P A R T I C U L A R

Capítulo III

Pág.

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS: MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO.

Parte III

DERECHO INMOBILIARIO COMERCIAL (commercial interests)

3. SERVIDUMBRES DE USO (easements) Y SERVIDUMBRES DE DISFRUTE (profits).	531
* COMENTARIO	531
TRATADO	555
3.1. Servidumbres de uso (easements).	555
3.1.1. Requisitos de las servidumbres de uso (essentials of the easements).	555
3.1.2. Modalidades de servidumbres de uso	558
3.1.3. Distinción entre las servidumbres de uso y otros derechos inmobiliarios).	561
3.1.4. Constitución de las servidumbres de uso	567
3.1.4.1. Creación legal.	567
3.1.4.2. Constitución mediante otorgamiento expreso (acquisition by express grant).	567
3.1.4.3. Constitución mediante otorgamiento tácito (implied grant).	569
3.1.4.4. Constitución mediante otorgamiento presunto (acquisition by presumed grant).	573
3.1.5. Contenido de las servidumbres de uso (extent of easements).	585
3.1.6. Extinción de las servidumbres de uso (extinguishment of easements).	586
3.2. Servidumbres de disfrute (profits a prendre).	588
3.2.1. Analogías y diferencias entre servidumbres de uso y de disfrute (similarities and differences between easements and profits).	589
3.2.2. Clasificación y contenido de las servidumbres de disfrute.	591
3.2.3. Distinción entre las servidumbres de disfrute y otros derechos inmobiliarios.	596

3.2.4. Constitución de las servidumbres de disfrute.	599
3.2.5. Extinción de las servidumbres de disfrute (extinguishment of profits a prendre).	601
4. PACTOS DE TRASCENDENCIA INMOBILIARIA (covenants affecting land).	607
* COMENTARIO	607
TRATADO	621
4.1. Pactos naturalmente inmobiliarios; pactos arrendaticios (privity of estate: covenants in leases).	623
4.1.1. Cesión o traspaso de los derechos del arrendatario.	625
4.1.2. Cesión de los derechos remanentes (reversion) del arrendador.	629
4.2. Pactos accidentalmente inmobiliarios; pactos limitativos del uso (restrictive covenants).	631
4.2.1. En Derecho común; pactos beneficiosos y onerosos (at Law; the benefit and the burden of the covenant).	631
4.2.2. En Equidad. Pactos restrictivos del uso (In Equity: Restrictive Covenants).	634
4.2.2.1. El beneficio del pacto (the benefit of the covenant).	636
4.2.2.2. La carga del pacto (the burden of the covenant).	639
4.2.2.3. Especialidades en cuanto a la obligatoriedad de los pactos restrictivos del uso.	641
4.2.2.4. Pactos restrictivos del uso y planificación territorial.	643
5. RENTAS CENSALES (rentcharges).	644
* COMENTARIO	644
TRATADO	653
5.1. Concepto, naturaleza y modalidades.	653
5.2. Constitución.	656
5.2.1. Origen legal.	656
5.2.2. Actos "inter vivos".	657
5.2.3. Testamento.	658

5.3. Aseguramiento de pago.	658
5.3.1. Rentas que gravan directamente los predios.	659
5.3.2. Rentas que gravan otras rentas censales.	660
5.4. Extinción	661
5.4.1. Condonación o liberación (release).	661
5.4.2. Confusión de derechos (merger).	662
5.4.3. Transcurso del tiempo (lapse of time)	663
5.4.4. Redención (statutory discharge).	663

- - - - -

3. SERVIDUMBRES DE USO (easements) Y SERVIDUMBRES DE DISFRUTE (profits).

- o - o - o -

Es también válido para el Derecho inglés, casi -- ayuno siempre de definiciones doctrinales, el concepto que ALBALADEJO (op. cit. III, 2º; pág. 94) da del derecho de servidumbre en nuestro Ordenamiento jurídico: poder real que una persona tiene sobre un predio ajeno para servirse de él, parcialmente, en algún aspecto.

Casi en su misma raíz, el tema de las servidumbres en Derecho inglés se bifurca en dos grandes ramas que, no obstante su relativo paralelismo, exigen un estudio -- por separado. Constituyen las servidumbres un derecho -- vinculado a un inmueble (predio dominante) que faculta a du dueño, en relación con la finca (predio sirvien -- te) de otra persona, bien a usarla de forma determinada o a limitar el uso a su dueño (servidumbre de uso o -- "easement"), o bien a participar en los productos del -- suelo o de éste, en cuanto producto directamente provechable (servidumbre de disfrute o "profit à prendre"). A veces, la facultad de retirar frutos o parte del te -- rreno no es inherente a un fundo, sino que pertenece a su titular de forma puramente personal (profits in -- gross).

Está claro que todo intento de asimilar las servi -- dumbres de uso inglesas con las nuestras prediales y --

las de disfrute con las personales, constituiría una -- grave deformación conceptual de unas y otras. Las de -- disfrute están, en la mayoría de los casos, vinculadas a un predio dominante, lo que las aleja de nuestras servi-- dumbres personales. Sólo la subespecie de las servidum-- bres de disfrute personales admite la equiparación con las servidumbres personales hispánicas. En Derecho in-- glés, el "test" definitivo para diferenciar las servi-- dumbres de uso de las de disfrute estriba en que éstas -- facultan para obtener, en predio ajeno, productos que -- han de ser susceptibles de propiedad privada.

Las dos líneas maestras en torno a las cuales está vertebrado el Ordenamiento real inglés (derechos legales y equitativos), mantienen también su operatividad en el terreno de las servidumbres. Son legales, las que se -- constituyen en escritura solemne acomodándose en su du-- ración a la de la pertenencia plena o a la de la menos -- plena o arrendamiento real en curso. Una servidumbre -- constituida por período distinto sólo puede ser equita-- tiva.

Entre los ingleses las servidumbres pueden también adquirirse sobre la base de y contra pertenencias menos plenas o arrendamientos reales, de lo que se deduce que su existencia con carácter temporal generalmente a lar-- go plazo, es factible. En nuestro Ordenamiento, lo nor-- mal es que las servidumbres se constituyan en carácter perpetuo, si bien no se excluye su constitución por -- tiempo limitado.

Siguiendo la sistemática trazada por los autores -- ingleses, nos ocuparemos, primeramente, de las servidum

bres de uso. Es interesante observar que en su concepto, antes visto, se contiene, de forma implícita, la distinción entre servidumbres positivas y negativas, a la que también da acogida el artículo 533 del Código Civil. Se llama positiva -dice este precepto- la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de -dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería ilícito sin la servidumbre. Esta norma encaja, con toda naturalidad, en el Derecho inglés de servidumbres.

Otras clasificaciones de las servidumbres, que también encontramos reproducida en Derecho inglés, es la -que las agrupa en continuas y discontinuas, y aparentes y no aparentes. Sus respectivos conceptos son muy próximos a los que están recogidos en nuestro Código civil, en su artículo 532. Así, son servidumbres continuas --aquéllas cuyo uso es o puede ser incesante con (he aquí la diferencia) o sin la intervención de ningún hecho del hombre (idea de permanencia, fundamentalmente) y aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas. Los conceptos de servidumbres discontinuas y no aparentes son, lógicamente, contrapuestos a los que acabamos de citar.

Para perfilar más nítidamente el concepto de las servidumbres de uso, no podemos prescindir de enumerar y analizar sus elementos esenciales. Son las siguientes:

- 1) Ha de existir una relación entre predios, uno de ellos

llamado dominante y el otro sirviente. 2) Por tratarse - de un derecho en cosa ajena, la titularidad de ambos fun dos ha de corresponder a personas distintas, sin perjui- cio de alguna excepción que examinaremos más adelante. 3) La servidumbre de uso ha de constituir un beneficio para la pertenencia dominante, manteniendo con ella una cone xión natural. 4) La facultad o facultades que le sirvan de contenido han de ser susceptibles de otorgamiento en alguna de las varias modalidades en que éste es posible; en tal sentido, la naturaleza y extensión del derecho han de ser susceptibles de exacta determinación, al margen - de toda vaguedad, ya que de mediar ésta, no se sabría -- nunca si había o no interrupción del uso que pudiera trun car la adquisición del derecho a través del ejercicio -- continuado, durante cierto tiempo, de la facultad o fa-- cultades que lo integran.

Para nuestros tratadistas (CASTAN y MARIN, op. cit.; II, 2º; págs. 97 y siguientes, y PUIG BRUTAU, Fundamentos, III, 2º; págs. 374 y siguientes) el derecho de servidum-- bre ofrece los siguientes caracteres: A) Es un derecho - de naturaleza real y, precisamente, de la clase llamada subjetivamente real, en el sentido de que la determina-- ción del sujeto que ostenta su titularidad depende de la adquisición de una cosa, que es el predio dominante. B) Es un derecho que recae sobre cosa ajena de lo que resul-- ta imposible una servidumbre sobre cosa propia; conse-- cuencia de esta nota de las servidumbres es su extinción por consolidación o sea, cuando las cualidades de propie-- tario de la cosa y titular de la servidumbre confluyen -

en las mismas manos. C) Las servidumbres constituyen una alteración del contenido normal del derecho de propiedad (que establece, de manera directa y automática, relaciones de igualdad y reciprocidad entre las fincas; deriva-se de este principio que las servidumbre no se presumen, que no pueden existir sin utilidad para un fundo o una - persona, que su ejercicio ha de amoldarse al objeto y ne- cesidades para que se creó y que su interpretación ha de ser siempre favorable al predio sirviente. D) La servi- dumbre real o predial, exige la existencia de dos predios llamados dominante y sirviente (art. 530).

A pesar de las evidentes diferencias de técnica ju- rídica, a través de las cuales se patentiza la superioridad de la que manejan los autores españoles, se advier-- ten las básicas coincidencias de fondo entre los planteamientos que de esta institución hacen ambos Ordenamientos jurídicos.

Atendiendo a su contenido, las modalidades más fre- cuentes de servidumbres de uso son las de paso (right of way), luces, agua, medianería, etc... Aunque las enumerárá ramos todas, no por ello quedaría agotado el cupo, pue- to que rige el principio de "numerus apertus" en lo relativo a la integración de su contenido; en consecuencia, son posibles nuevas modalidades (utilización de los servicios higiénicos de finca vecina, por ejemplo, en cuanto supuesto de reciente creación) siempre que reúnan -- los cuatro requisitos antes vistos.

Por su parte, nuestro Código civil, según nos re--

cuerda ALBALADEJO (op. cit.; III, 2º; pág. 113), en claro paralelismo con el Derecho inglés, no asigna un contenido peculiar al derecho de servidumbre (como -aunque sea modificable por los interesados- hay, por ejemplo, un -prototipo legal de contenido del derecho de usufructo, del de uso, etc...), sino distintos contenidos para las diversas figuras posibles del mismo (de paso -sea con -carácter permanente o transitorio o para ganados-, de -luces, de vistas, de aguas, de medianería, y cualesquiera otros imaginables). De algunos de ellos la Ley bos--queja un modelo, pero a otros ni siquiera hace referencia en particular. En cualquier caso autoriza -en principio- a los interesados para modificar el modelo legal y crear otros, según se deduce claramente del artículo 594 del C.C., que es el precepto básico en la materia -por cuanto establece que todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciese, siempre que no contravenga a las Leyes ni al orden público.

La clasificación de las servidumbres que ha alcanzado mayor notoriedad es la que las distingue en legales y voluntarias, según que se establezcan por la ley o por voluntad del o de los interesados (art. 536). Clasificación desacertada, tal cual el Código establece --como, con buen criterio, subraya ALBALADEJO (op. cit.; III, 2º; pág. 109 y siguientes)- pues, gran parte de las que, impropriamente, se llaman servidumbres legales son simplemente límites impuestos al dominio en interés privado, cual ocurre con la medianería y muchas de las de-

nominadas servidumbres relativas al uso de las aguas. En tre estas últimas cabe citar, por ejemplo, la natural de aguas (recbir las que descienden de los predios superiores). Preferible es, en consecuencia, distinguir dos clases de verdaderas servidumbres: las voluntarias y las -- forzosas, que son aquéllas que la Ley faculta a los particulares para obtener su imposición, aunque se oponga -- el dueño del predio sirviente. El prototipo de ellas es la de paso en sus múltiples variedades; también pueden -- citarse entre ellas, sin propósito exhaustivo, las de -- acueducto, parada o partidior en interés privado y la de medianería cuando las Ordenanzas y usos locales (art. 571 del C.c) establecen la posibilidad, que el Código civil no recoge, de adquirirla por imposición del dueño que aspira a que su predio sea dominante.

El Derecho inglés también acoge --como no podía ser de otra manera-- este desdoblamiento conceptual que contrapone las servidumbres forzosas con las voluntarias. Sucede, sin embargo, que su existencia, que ha sido reconocida con efectos prácticos por los Tribunales, no -- ha cristalizado en una clasificación formal de la trascendencia teórica que la misma posee en nuestro Ordenamiento jurídico. Concretamente, hay citas jurispruden--ciales que confirman la presencia, en la vida judicial inglesa, de servidumbres de paso necesario (way of necessity) y de mutuas servidumbres forzosas de apoyo entre -- dos edificios adyacentes, como supuestos más comunes, -- pero no únicos.

El apartado relativo a la constitución de las ser-

vidumbres de uso es un completo muestrario de los rasgos que mejor expresan la singular personalidad del Derecho inglés. Al lado de un escrupuloso respeto a la tradición histórica, rayando, a veces, en planteamientos claramente arcaizantes, de evidente raíz medieval, se dan fundamentaciones teóricas consistentes en presunciones jurídicas -- que, por su inverosimilitud, se hallan a mitad de camino entre lo extravagante y lo jocoso. De ellas, ¡oh paradoja!, se extraen, no obstante, muy estimables soluciones prácticas. Finalmente, el jurista formado en la tradición del Derecho romano no puede por menos de sonreír ante el ingente esfuerzo llevado a cabo por el legislador inglés para dar entrada en su sistema jurídico a los efectos de la usucapión sin admitir ésta. Claro es que, al final, la prescripción adquisitiva de las servidumbres inglesas en su modalidad ordinaria o de 20 años de plazo, carece de autonomía existencial, ya que no alcanza a consolidarse sin una decisión judicial que, en cada caso, la respalde. En realidad, nos hallamos ante una verdadera constitución judicial de las servidumbres, como no tardaremos en ver.

La Ley puede ser la fuente inmediata y directa de las servidumbres de uso. Estas pueden ser cargas impuestas por la Ley cuyo objeto sea la utilidad pública. Cuando una Ley de carácter local autoriza, por ejemplo, la construcción de un canal, faculta, igualmente, para que se establezcan las servidumbres precisas para la ejecución de la obra y su posterior funcionamiento. Por su naturaleza son muy similares a las previstas en el artículo 549 del C.c. y reguladas, genéricamente, en el artículo 550, que se remite a las leyes y reglamentos especiales que las de--

terminan. Para algunos autores, entre los que se cuenta ALBALADEJO (op. cit., III, 1º; págs. 259 y siguientes), en Derecho español estas servidumbres no pueden catalogarse como verdaderamente tales, sino como límites del dominio establecidos en interés público que se corresponden a los existentes en interés privado, antes citados. Así, hay limitaciones en interés del salvamento, del paso y de la vigilancia del litoral marítimo, de la aviación, etc...

La constitución de las servidumbres de uso en virtud de negocio jurídico no requiere muy extenso comentario. Importa señalar que, al amparo de lo prevenido en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, la transmisión de derechos inmobiliarios dominicales lleva aparejada la de todas las servidumbres pertenecientes al inmueble. De nuevo, la peculiar naturaleza de esta institución impone la plena analogía de soluciones entre Ordenamientos jurídicos inicialmente tan dispares como el español y el inglés. Según el artículo 534 del C.c. las servidumbres prediales son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen. No pueden, en consecuencia, transmitirse aparte del predio y tampoco pueden transmitirse el predio dominante ni el sirviente, conservando el transmitente la servidumbre o transfiriéndola a un tercero. Excepcionalmente, la servidumbre de aguas es transmisible con independencia del fundo a que pertenece, ya que la Ley Hipotecaria reconoce su condición de bien hipotecable independiente del predio dominante (art. 108, 1º, in fine).

La constitución mediante otorgamiento tácito (implied grant) es generadora de lo que, con arreglo al léxico jurídico español, denominaríamos adquisición por presunción legal, signo aparente o destinación del padre de familia (esta última nomenclatura está tomada de los tratadistas franceses e italianos). El artículo 541 del Código civil exige, para que la servidumbre quede constituida, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas de un mismo dueño, o entre ambas partes de una misma finca que se divide, de acuerdo esto último con lo declarado por la S.T.S. de 10-4-1929, b) que el signo haya sido establecido por el propietario de las fincas que se convertirán en predios dominante y serviente; c) que una de las fincas sea enajenada; la doctrina científica y la jurisprudencia (S.T.S. 11-11-1911) dan a la voz enajenación, a estos efectos, un sentido amplio, comprendiendo en él tanto la enajenación a título oneroso como la realizada a título gratuito y la extinción de la comunidad provocada por la partición de herencia; y d) que no se haya hecho desaparecer el signo aparente de servidumbre antes del otorgamiento de la escritura de enajenación, o que no se haga una manifestación, en el título de enajenación contraria a la existencia de la servidumbre.

En Derecho inglés, los términos en que las servidumbres de uso se adquieren por este procedimiento, difieren de lo que sucede en Derecho español. La existencia del signo aparente de servidumbre, cuando todavía -

las fincas están en manos de un mismo titular, se interpreta como la existencia de una cuasiservidumbre que se traduce en otorgamiento tácito de la servidumbre al transmitirse alguno de los predios, pero no en todos los supuestos de transmisión. La carga, en un estado interme--dio entre la potencia y el acto, es anterior al negocio jurídico dispositivo (primera diferencia con nuestro sistema), pero éste, sin perjuicio de lo que en él se acuerde expresamente, reserva que también hace el artículo 541 del C.c., no siempre entraña la consolidación de la servidumbre (segunda y más importante diferencia con nuestro sistema).

Efectivamente, las normas imperantes en Inglaterra distinguen tres supuestos, cada uno de ellos con soluciones diversas. Si el dueño común vende el predio cuasi--sirviente y conserva el cuasidominante, la servidumbre, como norma general, no se consolida a su favor, a menos que lo pacte expresamente. Pero si vende el cuasidomi--nante y conserva el cuasisirviente, la ley es favorable a la constitución de la servidumbre en favor del beneficiario del otorgamiento, siempre que se trate de servi--dumbres -antes cuasiservidumbres- contínuas y aparentes que sean necesarias para el adecuado disfrute de la propiedad transmitida y que tengan existencia física cuando el transmitente efectúe la transmisión. Finalmente, si se transmiten simultáneamente ambos predios, se aplica la regla anterior, pero si no hay tal simultaneidad, el último adquirente asume la posición del vendedor a - los efectos de la aplicación respectiva de lo prevenido en uno u otro de los dos primeros supuestos. En resumen,

el Derecho inglés se aleja del nuestro en su rechazo de todo automatismo constitutivo que pueda beneficiar al - dueño, que se reserva la titularidad de la finca dominante y no pacta expresamente la conversión de la cuasiservidumbre en servidumbre.

Hay un último dispositivo para la adquisición de - servidumbres que por sus efectos prácticos, pero no por su técnica jurídica, es comparable con nuestra usucapión. En Derecho español pueden adquirirse por la prescrip--ción de veinte años las servidumbres continuas y apa--rentes (art. 537 del C.c.), tales como las de luces, - vistas, acueducto, etc... La usucapión de servidumbres - regulada al margen de las normas generales del Código civil referentes a esta materia- es especial, con un -- término único (el de veinte años) y, por consiguiente, - hay que entender que no requiere buena fe ni justo título. El artículo 538 del Código establece que el tiempo de posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya -- aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente, la ejecu--ción del hecho que sería lícito sin la servidumbre. Esta disposición - comentan CASTAN y MARIN (op.cit. 2,II; págs. 109 y 110)- ha provocado largas discusiones, pues como las servidumbres negativas no son aparentes, parece estar en contradicción con el precepto del artículo - 539, que rechaza la prescripción para las servidumbres no aparentes. Nuestra doctrina salva la antinomia suponiendo que se refiere el Código a aquellas servidumbres

negativas que son secuela y consecuencia de otras positivas, como la de no levantar o no edificar, que acompaña a la servidumbre de luces.

Cuenta el Derecho inglés, en esta materia, con el enorme handicap, teóricamente insalvable, de su peculiar concepción posesoria inmobiliaria sólo como hecho y no como derecho (v. 3.2.1., cap.II), con lo que carece de la necesaria base de partida para instrumentar la usucapión. Contra este principio teórico choca, sin embargo, la insoslayable exigencia práctica de proteger situaciones de hecho análogas, en su contenido, a las servidumbres de uso, ejecutadas de forma continua y duradera, a pesar de que su constitución formal mediante escritura solemne sea imposible de probar. Consiguientemente, el Derecho infiere o presume que dicho uso está basado en un título válido, en un derecho subjetivo -- realmente existente, sin el cual el que ejercita la servidumbre no hubiera podido mantenerse en tal uso.

Pero para que este caso sea relevante a efectos jurídicos ha de reunir tres importantes requisitos de carácter general: uso sobre finca en pertenencia plena, - uso como derecho y uso continuo. El otorgamiento presunto es sólo posible sobre la base de y contra la pertenencia plena absoluta en posesión. Además, el uso ha de ser como derecho, lo que implica que ha de hacerse "nec vi, nec clam, nec precario" (sin violencia, sin secreto, sin permiso). Asimismo, y por último, el uso ha de ser continuo, continuidad que ha de matizarse al compás de la peculiar naturaleza de la facultad de que se trate.

El uso predial en el que se reúnan tales requisitos, precisa, además, que su existencia sea probada desde -- tiempo inmemorial, lo que equivale a existir desde 1189. La razón por la cual fue adoptada, en principio, la arbitraria fecha de 1189, estriba en que, de vez en cuando, se fijaban límites temporales más allá de los cuales no podían ejercitarse acciones reivindicatorias inmobiliarias. Uno de ellos fue el comienzo del reinado -- de Ricardo I, en 1189, y aunque tal normativa nada tenía que ver con la prescripción de servidumbre, y a pesar de que la fecha ha sido actualizada en cuanto a su finalidad específica, los Tribunales la adoptaron como punto de referencia para dar una dimensión concreta a la ambigua expresión "desde tiempo inmemorial". Acreditado tal uso, el Tribunal competente, supuesto que se entable contienda judicial, presume que un otorgamiento fue hecho antes de dicha fecha.

No obstante, muchas veces podía demostrarse que el uso no existió o no pudo existir en fecha anterior a la -- de 1189; así, la servidumbre de luces en favor de inmueble inexistente en tal fecha, o cuando se probaba que -- en tiempo posterior había existido, entre los predios -- relacionados por la eventual servidumbre, unidad de dominio y posesión. Ante dificultades prácticas de tan -- considerable monta, los Tribunales --la primera fuerza -- creadora del Derecho inglés-- inventaron la "chocante ficción" del moderno título escrito u otorgamiento perdido o extraviado. Es esta una "muy cuestionable teoría" que, en pura lógica, ha de estimarse lindando en lo peregrino, y hasta con lo pueril, pero de innegable utilidad -- práctica.

Esta doctrina permite presumir que quien usa largo tiempo una servidumbre, sin que su derecho conste en escritura solemne ni sea posible que se haya iniciado antes de 1189, lo hace en base a un otorgamiento en escritura pública que "desgraciadamente" se ha extraviado. Se trata de una presunción que vincula a Jueces y partes, - aun cuando no hubiera la menor duda sobre la inexistencia del "milagroso" otorgamiento. La presunción, no obstante su fuerza, es "iuris tantum", porque en ciertos casos admite prueba en contrario. Pero si ésta no prospera, se estima que el uso durante veinte años es suficiente - para hacer valer la presunción.

Con objeto de superar las dificultades prácticas, - insuficiencias y violentas presunciones inherentes a los dos sistemas prescriptivos antes examinados, se pretendió racionalizar la normativa jurídica en esta materia - mediante la Ley de Prescripción de 1832, que distingue - entre todo tipo de servidumbres de uso, excepto las de - luces, y éstas.

Respecto a aquéllas, el plazo prescriptivo es de -- veinte años, pero no veinte años "abstractos", es decir, cualesquiera, sino que han de ser precisamente los veinte años inmediatamente anteriores a cualquier acción judicial relativa al ^{ejercicio}juicio de la facultad objeto de la -- servidumbre. Por ello, antes de que la acción sea ejercitada, sólo existe una presunción de servidumbre, por muy largo que sea su ejercicio. En consecuencia, un uso comenzado cuarenta años atrás, pero interrumpido durante - los cinco años que precedieron al ejercicio de la acción,

no es base suficiente para la prescripción. De otra parte, y de conformidad con el texto de la ley, el uso ininterrumpido durante diecinueve años y un día, seguido de 364 días de interrupción, se asimila al uso de veinte años seguidos siempre que el dueño del predio cuasidominante interponga la acción dentro del año que completa la veintena. La ley admite, además, un plazo prescriptivo extraordinario de cuarenta años ininterrumpidos, el cual se considera absoluta e irrevocable, a menos que se acredite que el uso se hizo en base a consentimiento o pacto en escritura solemne o documento privado. La virtud enervadora de la autorización es, en esta prescripción extraordinaria, menor que en la ordinaria, ya que, a diferencia de aquélla, la autorización verbal es irrelevante.

La prescripción del derecho de servidumbre de luces se atiene al período único de veinte años ininterrumpidos, salvo que el disfrute derive de consentimiento o acuerdo escrito. El uso base de la prescripción no es preciso que se haga como derecho. En este tipo de servidumbres, el acto adverso, con fines interruptorios, del titular del predio sirviente debe, por la naturaleza de las cosas, adoptar la forma de determinada estructura física situada de tal modo que obstruya la natural corriente de luz hacia el predio dominante. Para evitar que todo el mecanismo constructivo puesto en marcha pueda quedar paralizado por una acción judicial del titular del predio dominante, la Ley de Servidumbres de Luces de 1959 ha establecido un sistema de notificaciones a terceros presuntamente afectados, que son registrables como cargas

inmobiliarias. Si los notificados no ejercitan su derecho en el plazo de un año, su presunto derecho de servidumbre de luces caduca. La prescripción de servidumbre de luces es la única excepción al principio de que estos usos prediales sólo pueden prescribirse contra la pertenencia plena absoluta en posesión; también cabe prescribirlas contra los arrendamientos reales.

El análisis comparativo de esta compleja normativa en materia de prescripción y de la que rige paralelamente en Derecho español, nos permite sentar dos importantes conclusiones generales:

1ª.- La prescripción adquisitiva de las servidumbres de uso es, en Derecho inglés, y por lo que se refiere al plazo ordinario o de veinte años, un procedimiento judicial de constitución de las mismas ya que, sin intervención de los Tribunales, normalmente a instancia del adquirente del Derecho, la prescripción no se consuma. El simple transcurso del tiempo -en unión de los restantes requisitos exigidos al efecto- es, a diferencia de lo que ocurre en Derecho español, inoperante a tales efectos.

2ª.- Las servidumbres negativas, como la de luces, pueden adquirirse directamente por prescripción, si bien sus efectos prácticos se traducen, al igual que en nuestro Derecho, en impedir la construcción de edificios que entrañan merma del caudal luminoso del que naturalmente disfruta el predio dominante. El sistema inglés de notificaciones e inscripción registral es, a pesar de su relativa complejidad práctica, de suma utilidad.

Lógico efecto de las básicas diferencias conceptuales entre nuestra prescripción de servidumbres y la inglesa es el distinto papel que el desuso y la interrupción del uso juegan en ambos Ordenamientos jurídicos. En el inglés, la interrupción del uso por plazo superior a un año, juega siempre desfavorablemente antes de que la intervención judicial sancione la definitiva adquisición del derecho por prescripción ordinaria o de veinte años, y ello aunque el uso que se interrumpa se prolongue más allá del período prescriptivo, fenómeno jurídico que es ajeno a nuestro Derecho después de que los veinte años del período se alcanzan, que son consolidatorios por sí mismos. Consolidado el derecho, en cada país con arreglo a su peculiar sistema, su desuso puede influir negativamente en su supervivencia. A la vista del núm. 2 del artículo 546 del Código civil, las servidumbres se extinguen por el no uso durante veinte años, término que principia a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse respecto a las discontinuas, y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre, -- respecto a las continuas. El no uso, sin embargo, es, por sí solo, inoperante en Derecho inglés a efectos extintorios y ello aunque se prolongue por plazo de veinte años. Unicamente es causa de extinción de la servidumbre si -- sirve de vehículo a una renuncia tácita del derecho. En suma, hay que acudir a la casuística judicial para valorar su transcendencia en cada supuesto.

Corresponde ahora comentar las peculiaridades más salientes de las servidumbres de disfrute, cuyo concepto --

trazamos al comienzo de nuestra exposición. No estorba, sin embargo, insistir en lo dicho, trayendo a colación - una sintética definición jurisprudencial: facultad de tomar algo de la finca de otra persona. Añadiremos, para - completarla, que lo que se tome ha de ser algo susceptible de propiedad privada.

Atendiendo al doble criterio de su origen y de la - relación con el predio dominante, se admiten las siguientes variantes: servidumbres de origen legal (profit appendant); de origen contractual (appurtenant); servidumbres por causa de vecindad (rights "pur cause de vicinage") y servidumbres puramente personales (profits in gross). En general, han de cumplir los cuatro requisitos exigidos - para la existencia de las servidumbres de uso, ya conocidos.

Las de origen contractual, individuales o comunales, son las que quedan vinculadas a determinados inmuebles - (predios dominante y sirviente) mediante acto jurídico - de sus titulares (otorgamiento o prescripción). Las servidumbres de disfrute que tienen origen legal probable--mente existen sólo en forme de disfrute conjunto de pastos. En su configuración genérica existen cuando los dueños de ganado pueden introducirlo en fundos de otros para que pasten. Las de disfrute por causa de vecindad se dan sólo en forma de comunidad de pastos; existen si tierras comunales colindantes están recíprocamente abiertas a los ganados de sus respectivos beneficiarios de tal modo que cualquier cabeza de ganado que pueda ser introducida en uno de los predios pueda pastar libremente en el

otro. Se diferencia esta modalidad de la anterior en su diversa escala: individualidad aquélla y colectiva ésta. Finalmente, las servidumbres puramente personales, individuales o comunales, facultan al titular para obtener determinado disfrute de un predio ajeno, con independencia de que sea o no dueño de otra finca.

La moderna doctrina jurídica española (v. CASTAN y MARIN; op. cit.; 2,II; págs. 127 y siguientes) denomina servidumbres personales aquéllas que se establecen no como las reales, en beneficio de un predio, sino en consideración a una persona determinada (intuitu personæ) y que consisten, por consiguiente, en la atribución a ella, con eficacia real, de cualquier utilidad parcial y determinada que un predio sea susceptible de proporcionar. -- Nuestro Código civil les da carta de naturaleza al autorizar, en el artículo 531, la constitución de servidum--bres "en provecho de una o más personas o de una comunidad a quienes no pertenezca la finca gravada". Regula el Código, expresamente, como servidumbres personales las de aprovechamiento de pastos, leñas y demás productos de los montes de propiedad particular (arts. 603 y 604). Pero al lado de estas servidumbres personales típicas o nominadas, cabe constituir, al amparo del principio de libertad que establece el artículo 594, variadas figuras de servidumbres innominadas. La jurisprudencia ha conceptuado como servidumbres personales el derecho de labrar, o sembrar en cierta extensión de una finca (S.T.S. 20-10-1919) y el llamado derecho de balcón (S.T.S. 30-11-1908), o derecho concedido a una persona y sus descendientes de ocupar determinadas ventanas de una casa ajena para pre-

senciar los festejos locales. Rígense estas servidumbres por su título constitutivo (art. 598) y, supletoriamente, por las reglas mismas de las servidumbres prediales, en cuanto les sean aplicables, tomada en cuenta la diferencia de naturaleza que entre unas y otras existe.

Es evidente que el concepto inglés de servidumbres - de disfrute es más amplio que el nuestro de servidumbres personales. Sólo la cuarta y última de sus modalidades - (profits in gross) es sustancialmente equiparable al grupo de servidumbres que tienen su origen en el artículo - 531 del Código civil. En definitiva, las otras tres clases de servidumbres de disfrute son, por su contenido, - semejantes a las personales de las que las separa el requisito de su necesaria vinculación activa a un predio - que sirve de módulo para controlar la intensidad de su - ejercicio.

Las especialidades más salientes en materia de constitución de servidumbres de disfrute se dan en lo tocante a su adquisición, mediante otorgamiento tácito y por prescripción. Su creación por presunción legal o signo - aparente, como decimos nosotros, o por otorgamiento tácti to, según el léxico usado por nuestros colegas ingleses, es inviable para las servidumbres de disfrute ya que difícilmente se dan en ella las condiciones de continuidad y apariencia que constituyen el fundamento del sistema. La Ley de Prescripción de 1832 trata de forma diferente a una y otra clase de servidumbres. Si para las de uso - establece plazos de veinte y cuarenta años, alarga éstos, para las de disfrute, a treinta y sesenta años, respecti

vamente. Además, la prescripción adquisitiva, según la -
Ley de 1832, únicamente es viable respecto a las servi--
dumbres de origen voluntario vinculadas a un predio domin
nante (appurtenant), ya que la existencia de este último
es imprescindible dentro del sistema.

- o - o - o -

En el presente subapartado iniciamos el estudio de ambas modalidades de servidumbres, que se hallan incluidas en el grupo de los derechos en suelo ajeno (rights "in alieno solo"), derechos que reciben la denominación de incorporales (incorporal interests) y que, a su vez, tienen la condición de heredamientos incorporales o inmuebles por analogía (v. 5., cap.I). Al igual que las pertenencias y derechos corporales, las incorporales pueden existir en Derecho común y en Equidad. En el primer caso, han de ser constituidas en escritura solemne y pueden existir únicamente por periodos de tiempo equivalentes a los de la pertenencia plena o menos plena o arrendamiento real. Una servidumbre constituida por periodo distinto sólo puede ser equitativa.

Se acomoda al Derecho inglés, pero sólo en cierta medida, la definición que diera DUSI: "servidumbres son los derechos limitados de goce sobre cosa ajena, pertenecientes e inherentes a una persona o un fundo". Efectivamente, las servidumbres constituyen un derecho vinculado a un inmueble (predio dominante), que permite a su dueño, en relación con la finca (predio sirviente) de otra persona, usarla de forma determinada (por ejemplo, transitando por ella), o limitando el uso a su dueño, en determinada medida y manera (servidumbres de uso), y también autorizando al titular de tal derecho (servidumbres de disfrute) para tomar o retirar parte de los productos o parte del suelo del predio sirviente. En ocasiones, esta última facultad de retirar frutos o parte del terreno mismo no es inherente a un fundo, sino que pertenece a su titular de forma puramente personal (profits in gross).

En esta primera aproximación al concepto de servidumbre

según el Derecho inglés, fácilmente se puede apreciar la inexactitud, y consiguiente confusión, que conllevaría la utilización del léxico y conceptos españoles de servidumbres personales y prediales, ya que en modo alguno son correlativos a los de servidumbre de uso y disfrute. Estas últimas pueden, y en la mayoría de los casos lo están, vinculadas a un predio dominante, y aunque por su contenido se asemejan a nuestras servidumbres personales, dicha vinculación inmobiliaria activa imposibilita su asimilación. Únicamente la subespecie de las servidumbres de disfrute puramente personales (*profits in gross*) admite la equiparación con las servidumbres personales de los sistemas jurídicos de raíz romana. En Derecho inglés, el "test" definitivo para diferenciar las servidumbres de uso de las de disfrute consiste en que éstas facultan para obtener productos en predio ajeno, que han de ser susceptibles (los productos) - de propiedad privada. Por ello, la facultad en cuya virtud se autoriza la entrada de ganados propios para que abreen en -- aguas que discurren en finca ajena es servidumbre de uso, pero si, por tratarse, por ejemplo, de aguas minerales, lo autorizado es la retirada de las mismas envasadas en recipientes idóneos, estamos ante una servidumbre de disfrute -no obstante ciertas vacilaciones jurisprudenciales (*Mason v. Hill*, 1833; *Race v. Ward*, 1855) y doctrinales- puesto que tales aguas son susceptibles de propiedad privada.

En las anteriores nociones sobre las servidumbres de uso está implícita la distinción entre servidumbres positivas, que imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar - hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo (por ejemplo, la - de instalar letreros o anuncios), y negativas, las que prohíben

al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre (por ejemplo, la de luces y vistas). Estas servidumbres -las negativas- no confieren a su titular facultad posesoria sobre el predio sirviente, según el particular significado que la posesión tiene en el Derecho inglés (v. - 3.2.1., cap.II), constituyendo simplemente una particular limitación al ejercicio de los derechos de su propietario, que ha de trascender positivamente en beneficio del dueño del predio dominante (v. 3.1.2. más adelante).

3.1. Servidumbres de uso (easements)

En primera instancia, cabría definir las servidumbres de uso como un derecho real inmobiliario a usar o a restringir el uso, en forma determinada, del inmueble de otra persona. Esta definición no es ni muy exacta ni particularmente útil, puesto que por su amplitud caben en ella otros derechos (por ejemplo, pactos limitativos del uso o "restrictive covenants") que no son servidumbres y tampoco nos ilustra con demasiada precisión sobre la clase y contenido del derecho que nos ocupa. A fin de despejar estas incógnitas, vamos a detenernos en el examen de los elementos esenciales de su concepto y a precisar las diferencias entre esta institución jurídica y otras que se le asemejan.

3.1.1. Requisitos de las servidumbres de uso (essentials of the easements).

Son éstos:

./.

- a) Ha de haber una pertenencia dominante y otra sirviente (a dominant and a servient tenement) o, como diríamos en -- forma más acorde con nuestro léxico jurídico, un predio -- dominante y otro sirviente. Es decir, es indispensable -- que el derecho "pertenezca", esté vinculado a un inmueble. De ello se infiere la imposibilidad de que exista una servidumbre de uso específico (limitada a casos aislados) y no genérica (in gross); es decir, que pueda existir con -- independencia de un inmueble cuyo dominio pertenezca a la persona que reclama la titularidad de la servidumbre y, -- por lo tanto, su ejercicio no cabe restringirlo a supuestos limitados, sino que ha de ser amplio y general (Rangeley v. Midland Rail Co., 1863; Ackroyd v. Smith, 1850; -- Hawkins v. Rutter, 1892).
- b) La servidumbre de uso ha de constituir un beneficio, ha -- de aumentar el valor de la pertenencia dominante, manteniendo una conexión natural con ella; es decir, no basta que pertenezca o esté vinculada al inmueble sino que ha -- de estar conectada con el normal disfrute del mismo (Ackroyd v. Smith, 1850). La jurisprudencia es abrumadoramente coincidente en la exigencia de este requisito, si bien con ligeras variantes de redacción que no afectan a su -- sustancia (Chapman v. Edwards, 1938; Bailey v. Stephens, -- 1862; Hill v. Tupper, 1863). A fin de aclarar el concepto podemos apoyarnos en un ejemplo extremo: no es posible -- una servidumbre de paso (right of way) si el predio dominante está situado en Londres y el sirviente en Edimburgo. El eventual derecho a atravesar por este segundo inmueble puede ser cualquier cosa menos una servidumbre de uso.

- c) La titularidad dominical sobre el predio dominante y el -
sirviente han de pertenecer a distintas personas, como ló-
gica consecuencia de que la servidumbre de uso es esencial-
mente un derecho en cosa ajena. Así, el dueño de dos fin-
cas colindantes, pero independientes, que atraviesa una -
para tener acceso a la otra, las usa por razón de dominio
y no de servidumbre, si bien el ejercicio de esta peculiar
facultad dominical, por su semejanza con el contenido de -
la servidumbre de uso, se llama, en el léxico usual, cuasi-
servidumbre (quasi-easements) (Roe v. Siddons, 1888; Metro-
politan Rail Co. v. Fowler, 1892; Deny v. Sanders, 1919).
- d) Cualquier facultad sobre un inmueble no puede considerarse
servidumbre de uso a menos que sea susceptible de cons-
tituir el objeto o contenido de un otorgamiento (grant) -
en escritura solemne, sin perjuicio de las servidumbres -
de origen legal.

En consecuencia, y por lo que se refiere a los elementos
personales, tanto el constituyente como el beneficiario habrán
de tener capacidad para constituir el derecho o beneficiarse -
de su constitución. No la tienen los cuerpos o conjuntos fluc-
tuantes o cambiantes de personas físicas, como los vecinos de
pueblos o localidades pequeñas. Ahora bien, estos, según vere-
mos más adelante, pueden ejercitar derechos de contenido simi-
lar al de las servidumbres prediales (por ejemplo, atravesar
determinada finca para llegar a la Iglesia parroquial) (Man-
ning v. Wasdale, 1836; Mercer v. Denne, 1905; Brocklebank v.
Thompson, 1903).

En el aspecto objetivo es preciso que la naturaleza y --

extensión del derecho sean susceptibles de exacta determinación. Su esfera de aplicación ha de ser precisa y cierta, incompatible con vaguedades e indeterminaciones respecto a las cuales no se sabría nunca si había o no interrupción de uso que pudiera truncar la adquisición del derecho a través del ejercicio continuado, durante cierto tiempo, de la facultad o facultades que lo integran (Webb v. Bird, 1862). Por ello, el derecho a que se respete la ventilación que proporciona una corriente de aire puede subsistir como servidumbre de uso -- puesto que satisface el 'test' de la certidumbre, siempre que se refiera a la que produce determinado canal o conducto de ventilación, pero no a las corrientes de aire que soplen de forma puramente natural procedentes del predio sirviente y -- que favorezcan al dominante (Cable v. Bryant, 1908; Webb v. Brid, supra; Bryant v. Lefever, 1879).

3.1.2. Modalidades de servidumbres de uso

Entre los supuestos más comunes de servidumbre de uso -- destacan las de paso (right of way), sea para fines especiales o generales, y ejercitable con arreglo a modalidades concretas (a pie, caballo, en carruaje, etc...), o sin restricción modal alguna; las de luces (light); de aguas (water), -- también según diversidad de modalidades; las de apoyo de edificios (support of buildings) y la de seto o cerca (fence) -- conservada por el dueño de la cerca y del predio sirviente, -- cuya naturaleza de servidumbre predial, discutida antaño, ha sido reconocida recientemente (Crow v. Wood, 1971).

Aunque la mayoría de las servidumbres de uso existentes pueden ser asimiladas a alguna de las modalidades tradiciona

les de las mismas (paso, luces, etc...), la lista de esta - clase de derechos no constituye "numerus clausus", sino -- "apertus" (Dyce v. Hay, 1852), posibilidad que en modo algu no constituye un portillo abierto a la creación arbitraria de nuevas modalidades de servidumbres (Keppell v. Bailey, - 1833), puesto que cualquiera que se configure como nueva ha de satisfacer los cuatro requisitos que acabamos de analizar. Si alguno de ellos falta, puede haber un pacto obligatorio - entre las partes contratantes, pero no exigible por o contra terceros (Re Ellenborough Park, 1956). Entre las modalidades recientes de servidumbres de uso admitidas por la jurisprudencia figura la de utilizar los aseos del predio vecino (Miller v. Emcer Products Ltd., 1956).

Sin embargo, el reconocimiento de nuevas modalidades de servidumbres de uso no se produce si concurren determinadas circunstancias de carácter general en los derechos presuntamente constituidos con tal carácter. Son dos, principalmente, y cualquiera de ellas constituye obstáculo a la existencia - de servidumbre predial. Una es la de que el dueño del predio sirviente quede obligado a realizar gastos en relación con - el derecho creado ("Regis Property Co., Ltd. v. Redman", 1956; el convenio que obliga al suministro de agua caliente y calefacción central no es servidumbre de uso) con alguna excepción como la servidumbre de conservación de cerca común (fence). La otra, es el carácter exclusivamente negativo del derecho que se pretenda constituir como nueva servidumbre de - uso, en el sentido de reconocer al dueño del predio domiante la facultad de prohibir al dueño del sirviente la realización en su propio fundo de actividades lícitas en sí mismas consideradas. En la causa "Phopps v. Pears", 1965, se ha razonado

que la proliferación excesiva de tales servidumbres podría - conducir a una limitación injustificada del contenido del de recho de propiedad. Es posible, no obstante, que tales derechos de significado negativo sean creados como pactos restric tivos del uso (v. 4.2.2. posterior).

Finalmente, hemos de recordar que ningún derecho que fa culte a la posesión del predio sirviente puede ser catalogado como servidumbre. Por ello, en la causa "Copeland v. Green half"(1956) se declaró que, por razón de servidumbre, un mecánico no podía almacenar un número ilimitado de vehículos en la finca de su vecino.

No podemos dar por finalizadas estas breves consideracio nes sobre las diversas modalidades de servidumbres de uso sin establecer la, en Derecho inglés, inevitable distinción entre servidumbres legales y equitativas. Se incluyen en el grupo - de las legales aquéllas que, de acuerdo con lo establecido en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, son un derecho real de naturaleza y duración equivalente a una pertenencia plena absoluta en posesión o a un arrendamiento real, teniendo su - origen en disposición legal, escritura solemne o prescripción. Si los requisitos tanto de fondo como de forma no se cumplen, estamos ante una servidumbre de uso equitativa; tal ocurre, - por ejemplo, cuando se constituyen por un período de tiempo - equivalente a la vida del constituyente o sin cumplir las debidas formalidades: por ejemplo, mediante un precontrato que no se eleva a contrato solemne. El concepto de servidumbre de uso equitativa es interpretado restrictivamente por la juris prudencia que para reconocer su existencia busca el apoyo de derechos de naturaleza equitativa, como los derechos reales -

vitalicios (life interests) (v. 4, parte II, cap. III).

De acuerdo con los principios generales en la materia, - las servidumbres legales son eficaces frente a todos, mientras que las equitativas no lo son respecto al comprador de la pertenencia sirviente, a título oneroso y de buena fe, es decir, que no tenga conocimiento de la existencia de aquéllas. Una - servidumbre equitativa es registrable como carga inmobiliaria en la Clase D (III) de la admitidas por la Ley de Cargas Inmo**bi**liarias de 1972 (véase 4.1.1.1., parte IV, capítulo III).

3.1.3. Distinción entre las servidumbres de uso y otros dere- chos inmobiliarios.

La naturaleza de las servidumbres de uso queda perfilada más nítidamente si la contrastamos con la de otros derechos - de apariencia análoga. El interés que entraña esta comparación no es meramente académico; por el contrario, tiene, como veremos, trascendencia práctica muy considerable. Ocurre con frecuencia, como enseguida tendremos ocasión de comprobar, que - no es fácil distinguir entre una servidumbre de uso y otros derechos ejercitables sobre bienes inmuebles, pero de inferior categoría. Una servidumbre de uso tiene carácter real, es un "ius in rem" no un simple "ius in personam"; por ello, permanentemente grava el inmueble sobre el que es ejercitable y -- con idéntica permanencia faculta al dueño del predio dominante para servirse de aquél. Por el contrario, los derechos de carácter puramente personal, característica que es común a la - mayoría de las figuras jurídicas que vamos a comparar y diferenciar de las servidumbres prediales, dan derecho, en caso -

de infracción, a una acción personal indemnizatoria y, siendo conocidos del adquirente de quien constituyó pasivamente el derecho, son también ejercitables contra él, pero no en caso contrario, es decir, no tienen virtualidad, como ocurre con las servidumbres de uso, contra todo adquirente.

a) Facultades dominicales especiales.

Se incluyen en este grupo las llamadas "cuasi-servidumbres" (a las que nos hemos referido ya en el epígrafe c) del subapartado 3.1.1.) y las llamadas por la doctrina inglesa "facultades naturales de la propiedad" (natural rights of property). Se trata, en cuanto a estas últimas, de facultades dominicales que acompañan automáticamente al dominio inmobiliario, del que son inseparables, como, por ejemplo, el apoyo natural que una finca tiene en la del vecino, que no puede removerlo en perjuicio del dueño de aquélla (Blackhouse v. Bonomi, 1861), o el que proporciona el subsuelo al suelo, si es que su titularidad pertenece a dueños distintos; pero el apoyo entre edificios no se considera facultad natural, a no ser que el fallo o hundimiento del suelo del vecino, causante del daño, se hubiera producido igualmente aun cuando no hubiere en él edificación alguna, en cuyo caso hay también acción para reclamar la indemnización consiguiente en base a dicha facultad natural (Wyatt v. Harrison 1832; Peyton v. Major of London, 1829; Stroyan v. Knowles, 1861). El epíteto "natural" sirve para distinguir estos derechos o facultades de las servidumbres de uso que no acompañan automáticamente al dominio y que requieren, a diferencia de ellas, constitución independiente. Se diferencian además de las servidumbres de uso en que no se extinguen mediante la unificación de la posesión (Bonomi v. Blackhouse, supra).

b) Derechos públicos subjetivos (public rights).

Son derechos cuya titularidad ostenta todo el mundo, - por el simple hecho de ser miembro de la comunidad social, y que no guardan relación alguna con la eventual titularidad dominical de ésta o aquella finca. Los derechos públicos -- subjetivos que más se asemejan a las servidumbres de uso, -- son los de utilización de vías de uso público (highways).

El derecho a utilizar una vía como de uso público puede emanar de la ley (posibilidad que no necesita mayor explicación), o del destino y aceptación públicos (by dedication and acceptance).

Según las normas del Derecho común, el destino puede hacerse expresa y solemnemente, supuesto que se da rara vez en la práctica. Normalmente, su existencia se infiere del -- uso prolongado que el público realiza. Ahora bien, la presunción del destino sólo existe cuando hay uso libre del paso o vía por un período de tiempo lo suficientemente largo que permita al propietario del terreno tener noticia de que los transeúntes están usándolo como si fuera público (Greenwich District Board of Works v. Maudslay, 1870), y sin necesidad de licencia del dueño (Re Broke, 1859). La duración de tal período depende de las circunstancias de cada caso; es decir, si éstas apuntan a considerar como evento más probable la existencia de tal destino, se ha estimado suficiente período de tiempo el de dieciocho meses (North London Ry v. The Vestry of St. Mary, Islington, 1872), siendo precisos períodos de más larga duración en otros casos.

La Ley de Vías Públicas (Highways Act) de 1959 simpli-

ficó la normativa precedente estableciendo un período de uso a partir del cual se estima existente el derecho público de paso, sin perjuicio de que el mismo pueda ser acreditado en base a lapsos de tiempo de más corta duración. El plazo legalmente fijado es el de veinte años de uso ininterrumpido,, salvo que se acredite la ausencia de tal destino durante la totalidad o parte del plazo. La voluntad contraria al destino público puede acreditarse de múltiples maneras: cierre - del paso un día al año (British Museum Trustees v. Finnis, - 1833), advertencia mediante un letrero, etc...

La desvinculación del uso público, y consiguiente retorno al patrimonio privado del que fuera dueño del terreno, ha de hacerse en virtud de decisión administrativa y cumplidos determinados requisitos; en aplicación del principio "una - vez vía pública, siempre vía pública" (once a highway always a highway) (Dawes v. Hawkins, 1860), la desvinculación uni--lateral no es posible. La desvinculación, cuando se produce en términos legales, no perjudica, como es lógico, las eventuales servidumbres de uso existentes (Walsh v. Oates, 1953).

c) Derechos personales o autorizaciones de goce inmobiliario (licences).

Las diferencias son notables: Los derechos de goce inmobiliario son, por lo común, de naturaleza equitativa, al contrario que las servidumbres de uso, que, generalmente, son - legales; son, por ello, más flexibles y pueden crearse sin - el cumplimiento de tantas formalidades como las servidumbres de uso; además, no requieren la existencia de predio dominante y pueden permitir una ocupación más amplia del inmueble - que las repetidas servidumbres.

d) Pactos restrictivos del uso (restrictive covenants).

En este caso la analogía es muy acusada: a través de estos pactos, se consigue el uso de un predio, que, sin la existencia de esta facultad jurídica, estaría vedado; requieren, además, la existencia de predio dominante; etc. Son, en cierto modo, una ampliación de las servidumbres de uso, llevadas al terreno de la Equidad. Hay, no obstante, diferencias de cierta monta.

Los pactos restrictivos del uso son de contenido más amplio y están dotados de mayor flexibilidad que las servidumbres de uso. La posibilidad de obtener luces, por ejemplo, a través del predio vecino puede ser configurada con mayor amplitud a través de un pacto restrictivo del dominio, los cuales pueden cobijar el derecho a vistas, lo que no es factible a través de las servidumbres de uso.

Además, los pactos restrictivos del uso sólo pueden existir en Equidad y no pueden adquirirse en virtud de prescripción. Por último, los pactos restrictivos, de acuerdo con su nomenclatura, han de ser siempre negativos, mientras que las servidumbres, según sabemos, también pueden ser positivas.

e) Derechos consuetudinarios locales (local customary rights of fluctuating bodies).

Su titularidad se extiende a todos los habitantes de una localidad y no requieren la existencia de predio dominante. Algunos ejemplos: paso hacia la Iglesia a través de un

predio vecino a ella de propiedad particular (Brocklebank v. Thompson, 1903); secado de redes en fincas particulares (Mercer v. Denne, 1905), etc... Estos derechos, cuyo sujeto es -- una comunidad humana esencialmente cambiante, no pueden adquirirse mediante prescripción --que, según más adelante veremos, presupone en todo caso la posibilidad de un otorgamiento o -- "grant"-- sino en base a una costumbre local, considerando como tal una norma jurídica no escrita, aplicada sin interrupción desde tiempo inmemorial en una localidad determinada y -- cuyo rango como norma jurídica es superior al Derecho común -- en dicho ámbito geográfico (Tanistry Case, 1608; Hammerton v. Honey, 1876). Además, ha de haber certidumbre en cuanto a los sujetos beneficiarios (Selby v. Robinson, 1788), lo que excluye la utilización de fórmulas, como por ejemplo, "los pobres del lugar", y su contenido ha de ser racional, evitando especialmente una onerosidad excesiva sobre el predio gravado -- (Bland v. Lipscombe, 1854).

Por razón de analogía con lo estatuido respecto a la prescripción adquisitiva de las servidumbres de uso, estos derechos consuetudinarios han de disfrutarse, en principio, desde 1189. No obstante, la práctica judicial ha suavizado considerablemente este rigor admitiendo como suficiente la prueba de que el uso consuetudinario sea tan remoto como para que cualquier testimonio de persona viviente pueda dar fe de él. Los derechos consuetudinarios una vez adquiridos no pueden perderse por renuncia expresa o desuso. (Wild v. Silver, 1963), lo -- que constituye una de las más notables diferencias entre ellos y las servidumbres de uso. La razón de esta disparidad es que la costumbre es, en la localidad, parte del Derecho general, --

una norma, mientras que la servidumbre es Derecho especial - que concierne sólo a determinados sujetos.

3.1.4. Constitución de las servidumbres de uso.

De conformidad con lo expuesto en el epígrafe d) del precedente subapartado 3.1.1., y sin perjuicio de las servidumbres de origen legal, el principio básico por el que se rige este punto en materia de servidumbres de uso es el de la necesidad de un otorgamiento o concesión expresa (grant).

3.1.4.1. Creación legal.

Se encuentran ejemplos frecuentes en el caso de las llamadas Leyes de carácter local (local Acts of Parliament) que, por ejemplo, cuando dan autorización para construir un canal, facultan también para la constitución de servidumbres anejas a dicha construcción y al funcionamiento posterior del mismo.

3.1.4.2. Constitución mediante otorgamiento expreso (acquisition by express grant).

El supuesto normal de una servidumbre de uso constituida mediante otorgamiento expreso, en escritura solemne, no requiere mayor puntualización. Si la identificación del predio dominante resultare insuficiente, el Tribunal puede suplirla interpretando la escritura constitutiva del derecho, apoyándose, si fuere útil y preciso, en la evidencia suministrada por las circunstancias fácticas de ejecución de lo convenido (Johnstone v. Holdway, 1963; The Shannon, Ltd. v. Vener, Ltd., 1965).

De conformidad con lo establecido en la sección 62 de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, cualquier contrato que transmita derechos dominicales inmobiliarios (conveyance), -- contenido en escritura solemne, lleva aparejada, salvo pacto expreso en contrario, la de todos los privilegios, servidumbres, derechos y ventajas pertenecientes o que se estime pertenecer al inmueble en su totalidad o a una parte de él. Con este precepto se trata de conseguir que el adquirente, sin necesidad de enumeraciones ni descripciones prolijas, incremente su patrimonio con cuantas ventajas y derechos esté mejorado el inmueble

Este precepto alcanza, asimismo, a las cuasi-servidumbres cuando se transmite el predio cuasidominante y se conserva en el patrimonio del transmitente el predio cuasiserviente. Su importancia práctica es enorme puesto que, salvo expresa exclusión, implica la conversión en servidumbres prediales de una serie de ventajas prácticas que antes de la transmisión no tenían tal naturaleza. En todo caso, tales ventajas han de ser figuras jurídicas conocidas y admitidas en Derecho (*Green v. Ashco Horticulturist, Ltd.*, 1966; *Crow v. Wood*, 1971), y además ha de concurrir alguna diversidad de dominio u ocupación de las dos fincas, antes de que se otorgue el contrato inmobiliario en escritura solemne (*Long v. Gowlett*, 1923). Supongamos, por ejemplo, que A, dueño de dos predios colindantes, la "Finca Blanca" y la "Finca Negra" ("Blackacre and Whiteacre", según léxico usual en los textos jurídicos ingleses a la hora de los inevitables supuestos prácticos, sin los cuales las -- normas resultan, en tantas ocasiones, ininteligible para el -- profano), constituye arrendamiento real sobre la "Blanca" en

favor de X y, como un acto de buena vecindad posterior a la creación del arrendamiento, le autoriza a atravesar la "Negra" a fin de alcanzar, por el camino más corto, la carretera. Si posteriormente A vende a X el dominio o pertenencia plena de la "Blanca", automáticamente queda constituida a favor de este último una servidumbre de paso en aplicación de la doctrina legal que comentamos. Ahora bien, si tal diversidad ocupacional no existe antes de la enajenación, aunque, volviendo al ejemplo anterior, A atraviere la "Negra" desde la "Blanca" para llegar a la carretera, la enajenación de la "Blanca" no supone otorgamiento de servidumbre predial alguna en favor del adquirente, a menos que concurren los supuestos de la doctrina "Wheeldon v. Burrows" a que nos vamos a referir de inmediato.

3.1.4.3. Constitución mediante otorgamiento tácito (implied -- grant).

La piedra angular de esta modalidad constitutiva es el concepto de cuasi-servidumbre, antes expuesto (v. supra c), - 3.1.1.), que constituye algo así como el atisbo de una excepción al riguroso y lógico principio de que nadie puede ser titular de una servidumbre de uso sobre su propio inmueble, lo cual unido al criterio de que la común intención de las partes, aun no manifestada expresamente, sea la de constituir implícitamente una servidumbre de uso, opera favorablemente en tal sentido. A los efectos de la doctrina que hemos de desarrollar, la constitución del arrendamiento real, la transmisión "mortis causa" de bienes raíces y la transmisión "inter vivos" de la pertenencia plena son equiparables en cuanto ins

trumentos necesarios para la creación de servidumbres de uso -- mediante otorgamiento tácito.

Partiendo de la existencia de un solo dueño de dos inmuebles, que se sirve de uno de ellos a modo de cuasi-servidumbre, en favor de otro, pueden ocurrir tres supuestos, a cada uno de los cuales hemos de referirnos separadamente.

- a) El dueño común de ambas fincas vende el predio cuasi-sir--viente y conserva la propiedad del cuasi-dominante. La regla general, en este supuesto, es la de que el transmitente no conserva derecho de servidumbre real alguno sobre la finca transmitida, a no ser que lo reserve expresamente en el momento del otorgamiento (Wheeldon v. Burrows, 1879). Hay, no obstante, algunas excepciones a esta regla como las del paso necesario (way of necessity) que existe cuando se -- transmite un inmueble, excepto un enclave completamente rodeado por el predio transmitente (Finnington v. Galland, - 1853) y la mutua servidumbre de apoyo entre dos edificios adyacentes (Richards v. Rose, 1853; Shubbrook v. Tufnell, - 1882). Caben, en principio, otras excepciones pero siempre en circunstancias similares de necesidad, interpretadas -- siempre restrictivamente.
- b) El dueño común vende el predio cuasi-dominante y conserva -- el dominio de cuasisirviente. La ley es favorable a la constitución de la servidumbre en favor del beneficiario del -- otorgamiento. La norma en tal sentido fue definitivamente -- configurada en el caso "Wheeldon v. Burrows", 1878, esta--bleciendo que pasan al adquirente todas las servidumbres -

-antes cuasiservidumbres- continuas y aparentes que sean - necesarias para el adecuado disfrute de la propiedad transmitida y que tuvieran existencia física cuando el transmiente efectuó la transmisión.

Así, por ejemplo, según una vetusta norma jurisprudencial, (Palmer v. Fletcher, 1663; Phillips v. Low, 1892) cuando - un hombre transmite una casa en la que existen ventanas, - no puede edificar en el terreno colindante, que continúa - siendo suyo, de tal manera que obstruya la luz que antes - recibían tales huecos. En cuanto a los conceptos de servidumbres continuas y aparentes, a las que se refiere la regla, son singularmente próximos a los que están recogidos en nuestro C.c., en su artículo 532. Así, son servidumbres continuas aquéllas cuyo uso es o puede ser incesante con - (he aquí la diferencia), o sin la intervención de ningún - hecho del hombre (idea de permanencia, fundamentalmente), y aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas (Pyer v. Carter, 1857; Ward v. Kirk--land, 1967). El curso no interrumpido de las aguas (Watts v. Kellson, 1871; Schwann v. Cotton, 1916), una carretera particular construída (Brown v. Alabaster, 1887), son otros ejemplos que añadir al ya citado de la luz recibida. Como - es lógico, tienen acogida en este supuesto, además de las servidumbres que acabamos de indicar, las de paso neces--ario y las de mutuo apoyo de edificios, reflejadas en la letra a) inmediatamente precedente.

La comparación entre las normas examinadas en este epígrafe y las contenidas en el artículo (section) 62 de la Ley

del Derecho de Propiedad de 1925, hacen suponer, al menos aparentemente, que las primeras han quedado prácticamente subsumidas en las segundas. Se mantienen, no obstante, importantes matices diferenciadores. Los contratos inmobiliarios (conveyances) a que se refiere la Ley de 1925 son los ejecutados después de 1881 -fecha en que se redactó la anterior Ley del Derecho de Propiedad-, mientras que las normas que comentamos abarcan a todos ellos, sin discriminación de fechas y también a los precontratos (contracts) y a los legados de bienes raíces. Asimismo, son aplicables en los casos en que no haya habido previa diversidad de ocupación lo que, según sabemos, constituye uno de los requisitos para la aplicabilidad del artículo 62 de la Ley de 1925. La circunscripción a las servidumbres continuas y aparentes constituye una limitación que, sin embargo, no afecta a los supuestos contemplados en el artículo 62.

- c) El dueño común transmite el predio cuasidominante y el --cuasisirviente a distintas personas, simultáneamente. Supuestas tales circunstancias, las cuasiservidumbres contínuas y aparentes en uso al producirse la doble y coincidente transmisión se transforman tácitamente en servidumbres plenas (Allen v. Tylor, 1880; Swansborough v. Coventry, -1832; Barnes v. Loack, 1879; Schwann v. Cotton, 1916 y --Hansfor v. Jago, 1921). Hay, pues, analogía con la norma del epígrafe anterior y, por lo tanto, en beneficio del --adquirente del predio dominante. Si las ventas no son simultáneas, el último adquirente asume la posición de vendedor a los efectos de la aplicabilidad de lo prevenido --en los precedentes epígrafes a) y b), según proceda.

3.1.4.4. Constitución mediante otorgamiento presunto (acquisition by presumed grant).

La prueba de la existencia de una servidumbre de uso -- puede estar basada, y generalmente lo está, en una simple -- presunción de que en el pasado, en determinado momento, fue -- constituida en escritura solemne. Con independencia de las -- diferencias existentes en las tres modalidades en las que plasma y se desarrolla prácticamente esta idea y que a no tardar serán objeto de estudio, todas ellas se basan en el mismo razonamiento: no se puede privar a una persona del disfrute de una servidumbre de uso, ejercitada de forma continua y duradera, porque su constitución formal mediante escritura solemne sea imposible de probar. Consiguientemente, el Derecho infiere que dicho uso está basado en un título válido, en un derecho subjetivo realmente existente, sin el cual el que ejercitaba la servidumbre no hubiera podido mantenerse en tal uso (*Phillips v. Halliday*, 1891; *Foster v. Warblington Urban Council*, 1906).

- a) Requisitos generales. Salvo disposición contraria de la -- Ley de Prescripción (Prescription Act) de 1832, la adquisición de servidumbres de uso mediante título prescriptivo -- ha de cumplir los siguientes requisitos: uso sobre finca -- en pertenencia plena (user in fee simple), uso como derecho (user as of a right) y uso continuo (continuous user).

Con apoyo en la idea insinuada, y que luego expondremos -- más detenidamente, según la cual la prescripción ha de basarse en el uso inmemorial, las servidumbres de uso únicamente pueden prescribirse, en principio, sobre la base y -- contra la pertenencia plena absoluta en posesión (user in

fee simple). Una servidumbre de uso puede constituirse expresamente a favor de un predio dominante cuyo titular, -- que pacta la servidumbre, sea el dueño de un derecho real de menor contenido que la pertenencia plena en posesión, -- pero ello no es posible cuando se trata de un otorgamiento presunto. A título de ejemplo, para que un arrendatario -- real pueda adquirir mediante prescripción una servidumbre de uso sobre el predio vecino propiedad de un extraño, ha de hacerlo en nombre del arrendador; en tal caso la adquisición no cesa al finalizar la relación arrendaticia y, por consiguiente, beneficia al arrendador titular de la pertenencia plena (Wheaton v. Maple & Co. 1893; Pugh v. Savage, 1970); de otra parte, si el predio sirviente, al comienzo del uso correspondiente al período prescriptivo, es poseído por un titular temporalmente limitado o vitalicio (Daniel v. North, 1809; Robert v. James, 1903), no es posible crear una servidumbre de uso sobre el mismo en virtud de -- prescripción; pero si el uso prescriptivo se inicia existiendo una pertenencia plena, la constitución del arrendamiento o la vinculación de la propiedad no interrumpe los efectos de tal uso (Pulk v. Shinner, 1852 y Pugh v. Savage, supra); todo ello sin perjuicio de las excepciones -- que para la servidumbre de luces se contienen en la Ley de Prescripción (Prescription Act) de 1832 y para las que habrá próxima ocasión de estudio.

Además el uso ha de ser como derecho (user as of right) lo que implica que ha de hacerse (nec vi, nec clam, nec precario" (sin violencia, sin secreto, sin permiso). La ausencia de alguna de estas tres circunstancias enervan la validez del uso en cuanto requisito del título prescriptivo. --

Así, si han existido continuas e indudables protestas del dueño del predio sirviente (*Dalton v. Agnus & Co.*, supra), o se ha pedido permiso para utilizar un paso de vez en cuando (*Monmouth Canal Co. v. Harford*, 1834), es evidente que el requisito no se cumple.

Asimismo, y por último, el uso ha de ser continuo (*continuous user*), continuidad que ha de matizarse de acuerdo con la peculiar naturaleza de la facultad de que se trate. Así, supuesto que sea una servidumbre de paso, es suficiente un uso normal (*Dare v. Heathcote*, 1856) sin que los intervalos resulten excesivos. Por supuesto, el uso realizado por dueños sucesivos es acumulable a efectos de continuidad (*Austin v. Amhurst*, 1877).

- b) Prescripción según el Derecho común (*prescripción at Common law*). Un uso predial que reúna los requisitos generales antes enunciados, requiere que su existencia sea probada desde tiempo inmemorial, lo que comunmente equivale a existir desde 1889. Esto acreditado -el uso desde tiempo inmemorial-, el Tribunal competente, supuesto que se entable contienda judicial, presume que un otorgamiento fue hecho antes de dicha fecha. La razón por la cual fue adoptada la, en principio, arbitraria fecha de 1189, estriba en que, de vez en cuando, se fijaban límites temporales más allá de los cuales no podían ejercitarse acciones reivindicatorias inmobiliarias. Uno de ellos fue el comienzo del reinado de Ricardo I, en 1189, y aunque tal normativa nada tenía que ver con la prescripción de servidumbres, y a pesar de que la fecha ha sido actualizada en cuanto a su fi-

nalidad específica, los Tribunales la adoptaron como punto de referencia para dar una dimensión concreta a la ambigua expresión "desde tiempo inmemorial" (Bryant v. Foot, 1867).

No obstante tal presunción, muchas veces podía demostrarse que el uso no existió o no pudo existir en fecha anterior a la de 1189: así, la servidumbre de luces en favor de inmueble inexistente en tal fecha (Duke of Norfolk v. Arbutnot, 1880); consiguientemente, resultó prácticamente imposible alegar servidumbre de luces por prescripción en Derecho común. Otro supuesto en el que la demostración de la servidumbre no prosperaba se producía cuando se probaba que después de tan remota fecha (1189), en un momento determinado, había existido, con respecto a ambos predios, unidad de dominio y ocupación. Ante dificultades prácticas de tan considerable monta, los Tribunales -la primera fuerza creadora del Derecho inglés- inventaron la "chocante ficción" -- (Dalton v. Agnus & Co., 1877) del moderno título escrito u otorgamiento perdido o extraviado (the lost modern grant).

- c) Otorgamiento moderno en documento extraviado (lost modern grant). La debilidad mayor de la doctrina de la prescripción según el Derecho común, estriba en que resulta inviable si se demuestra que el uso arranca de fecha posterior a 1189. Estimulados por el propósito de confirmar la juridicidad de los usos prediales mantenidos largo tiempo, aun cuando su origen datase de fecha posterior a la indicada, los juristas ingleses, singularmente hábiles, y en particular los Tribunales, alumbran la "muy cuestionable teoría" (Bryant v. Foot, 1867) del otorgamiento moderno en documento extravia-

do (lost modern grant) que en pura lógica ha de estimarse lindando con lo peregrino, y hasta con lo pueril, pero de innegable utilidad práctica.

Esta doctrina permite presumir que quien usa largo tiempo una servidumbre, sin que su derecho conste en escritura - solemne, y siendo además imposible que tal uso, a pesar - de su larga duración, se haya iniciado antes de 1189, lo hace en base a un otorgamiento en escritura pública que - "desgraciadamente" se ha extraviado (Dalton v. Agnus & Co., 1881). La evolución que experimentó esta teoría, desde su etapa incipiente en que era poco más que la expresión de un deseo de amparar una situación de hecho estimada justa, pero carente de la necesaria cobertura legal, hasta su última formulación, en la que queda condensada en una norma vinculante para las partes y para el juzgador, está admirablemente sintetizada en uno de los considerandos de la sentencia del caso "Bryant v. Foot", antes citado. Resumiendo tal exposición diremos que, al principio, el uso - mantenido por tiempo inmemorial (hasta donde alcanzase la memoria de los vivientes) o incluso sólo durante veinte - años, permitía presumir la existencia de la escritura extraviada; más tarde se pasó de una presunción posible a - una presunción probable y, por último, a una presunción - obligatoria ("iuris tantum", pero vinculante para Jueces y partes), aun cuando no hubiera la menor duda sobre la - inexistencia del "milagroso" otorgamiento.

Tal como ha quedado apuntado, se estima que el uso continuado durante veinte años es suficiente para hacer valer la presunción. No obstante, esta doctrina solamente puede

ser invocada cuando la prescripción según el Derecho común resulte inaplicable (Bryant v. Lefever, 1879) y la prueba del uso^{se} exige con mayor rigor que en tal supuesto (Tilbury v. Silva, 1890). Excepcionalmente, la presunción admite prueba en contrario cuando durante la totalidad del pe ríodo en que el otorgamiento presunto pudo hacerse, no -- existió nadie que legalmente pudiera efectuarlo (Neaver-- son v. Peterborough R.D.C., 1902). Así, se rechazó la -- aplicación de esta doctrina con relación a una servidum-- bre de paso porque el predio sirviente estaba afecto a -- una vinculación estricta (que no faculta al titular de la misma para constituir tal servidumbre) desde el momento -- en que el uso dió comienzo hasta que se interpuso la acción (Roberts v. James, 1903).

- d) Adquisición según la Ley de Prescripción (Prescription - Act) de 1832 . Con objeto de superar las dificultades -- prácticas, insuficiencias y violentas presunciones inherentes a los dos sistemas prescriptivos antes examinados, se pretendió racionalizar la normativa jurídica en esta -- materia a través de la Ley de Prescripción (Prescription Act) de 1832. De acuerdo con sus propósitos, la Ley dis-- tingue entre las servidumbres de luces y las demás, regulándolas de diferente modo.

Con referencia a estas últimas (todo tipo de servidumbres de uso, excepto las de luces) establece que, cuando -- las mismas se disfrutaban actualmente, sin interrupción, por -- un período de veinte años, su existencia no puede ser destruí da por la prueba de que su uso dió comienzo después de 1189, pero sí mediante otras pruebas posibles según el Derecho co-

mún. Tal es el caso de que el uso haya sido contencioso, secreto o precario o que la facultad ejercitada, por su naturaleza, no sea susceptible de ser otorgada como servidumbre de uso (*Staffordshire Canal Co. v. Birmingham Canal Co.*, 1886).

La Ley no dice que tras veinte años "abstractos", es decir, cualesquiera, la servidumbre queda constituida, sino que han de ser precisamente los veinte años inmediatamente anteriores a cualquier acción que ponga en entredicho el derecho a ejercitar la facultad objeto de la servidumbre. Por ello, - antes de que la acción sea ejercitada, sólo existe una presunción de servidumbre por muy largo que sea su ejercicio (*Hyman v. van der Bergh*, 1908). Por igual motivo, el demandante -si lo es quien ejercita la facultad porque se le pongan trabas a continuar en su uso- há de probar su disfrute ininterrumpido por un período de tiempo mínimo de los veinte años que precedan inmediatamente a la interposición de la acción. En consecuencia, un uso comenzado cuarenta años atrás pero interrumpido durante los cinco años que precedieron al ejerccio de la acción, no es base suficiente para adquirir el derecho por --prescripción (*Parker v. Mitchell*, 1840).

El uso ha de ser ininterrumpido. La interrupción del uso tiene, a estos efectos, un significado especial. Veámoslo con un ejemplo, la indispensable andadera para captar cabalmente el último significado práctico del Derecho inglés, en el que radica su más acentuada peculiaridad. Si D, durante más de --veinte años ha ejercitado la facultad de pasar por la finca -de S y después éste imposibilita el tránsito con un determinado obstáculo, D conserva íntegra la posibilidad de constituir la servidumbre mediante la pertinente acción judicial, acredi

tando al interponerla que él no ha dado su aquiescencia a que la obstrucción se mantenga por un período de un año después - de conocer el hecho obstructivo y la persona responsable de - él (Seddon v. Bank of Bolton, 1882). Interrupción significa, pues, una obstrucción hostil y no un simple no uso (Smith v. Bazter, 1900). Los efectos de la protesta contra la interrupción se prorrogan más allá del momento en que se realiza, hasta el punto de haberse declarado que no hay aquiescencia a la interrupción de un año simplemente por haber transcurrido un año desde que la última protesta fue hecha (Davies v. Du Pa--rer, 1953). El tema crucial de la sumisión o aquiescencia es, en suma, una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso y cuya aplicación práctica resulta un tanto brumosa. Indudablemente, supone una actitud mental cuya existencia o inexistencia puede revestir formas muy diversas, difícilmente tipificables.

De otra parte, y de conformidad con el texto de la Ley, - el uso ininterrumpido durante diecinueve años y un día, seguido de trescientos sesenta y cuatro días de interrupción, se -- asimila al uso de veinte años seguidos siempre que el dueño - del predio cuasidominante interponga la acción dentro del año que completa la veintena (Flight v. Thomas, 1840).

En cuanto a la naturaleza del uso necesario para la validez del período estatutario ha de ser, al igual que en Derecho común, en concepto de titular del derecho (as of right) (Tickle v. Brown, 1836; Bright v. Walker, 1834; Lyell v. Hothfield, 1914), es decir, "nec vi, nec clam, nec precario".

La Ley admite otra prescripción en la que el plazo de uso

a considerar es de cuarenta años ininterrumpidos, la cual se considera absoluta e irrevocable, a menos que se acredite que el uso se hizo en base a consentimiento o pacto en escritura solemne o documento privado. La diferencia entre la servidumbre constituida en base a período largo, que estamos considerando, y la que tiene su origen en plazo de duración más reducida, estriba, además de en la amplitud del período, en -- que el simple consentimiento oral del dueño del predio sir--viente puede invalidar el uso de veinte años como fundamento de la servidumbre, mientras que para que tal efecto se pro--duzca respecto al uso de cuarenta años, se requiere que tal consentimiento se haya dado por escrito. Otra diferencia aún más capital es la de que el período de los cuarenta años consolidada por sí mismo la prescripción, aun cuando no sea inmediatamente anterior a una acción judicial sobre su existen--cia.

La ley dispone que todo período durante el cual el titular del predio sirviente estuviere en situación de incapacidad (disability) -minoría de edad, enfermedad mental-, o tu--viere la condición de titular vitalicio, ha de ser deducido -automáticamente del período de duración más corto (veinte años) del cual ha de deducirse igualmente el lapso de tiempo durante el cual haya una acción judicial pendiente y activamente -proseguida, en relación con el predio sirviente y que pueda -afectar a su titularidad. En cuanto al plazo de cuarenta años, y sólo con referencia especial a las servidumbres de paso y de aguas, la única causa de deducción que cuenta es la de la titularidad vitalicia y, además, y como causa peculiar, un -arrendamiento real superior a tres años. Esta peculiaridad -

es un tanto paradójica, pues puede ocurrir que una servidumbre pueda adquirirse por uso de veinte años a pesar de que durante la mayor parte de este tiempo el predio sirviente haya estado cedido en arrendamiento real (Palk v. Shinner, 1852). En cuanto a las restantes servidumbres que no sean de paso ni de agua, parece que la interpretación más correcta es que no están sujetas a causa alguna de interrupción del período de cuarenta años.

La prescripción del derecho de servidumbre de luces, tal como está regulada en la Ley de 1832, difiere sensiblemente de la normativa recién expuesta respecto a las demás servidumbres de uso. En efecto, está legislado que el disfrute de la luz - que se recibe en una vivienda, taller u otro edificio durante veinte años -período único- y sin interrupción, es base suficiente para constituir servidumbre de luces sabo que tal disfrute derive de consentimiento o acuerdo escrito.

Una primera y notable diferencia consiste en que el disfrute, que constituye el contenido de esta especial modalidad de servidumbre, no es preciso que se realice por parte del -- dueño del predio dominante como titular del derecho (not as -- of right). Este requisito brilla por su ausencia en el texto de la Ley y su omisión ha sido interpretada por la jurisprudencia como equivalente a su no exigencia (Scott v. Pape, 1886; Colls v. Home & Colonial Stores Ltd., 1904). Todo lo que precisa el demandante que quiere hacer valer su derecho -o más -- bien constituirlo- ante los Tribunales, es probar el uso de -- la facultad correspondiente durante los últimos veinte años -- inmediatamente anteriores al ejercicio de la acción, y la -- ausencia de consentimiento escrito, al cual no es equiparable

una autorización verbal aunque vaya acompañada del pago de -- una renta por el dueño del predio dominante, siempre que todo ello no se refleje por escrito (Plasterers' Co. v. Parish Clerks' Co., 1851).

Por supuesto, la servidumbre de luces no puede adquirirse si su uso queda efectivamente interrumpido, en el sentido de la Ley de 1832, es decir, si se produce cualquier acto adverso del titular del predio sirviente que dure por lo menos un año. En este tipo de servidumbre el acto adverso debe, por la naturaleza de las cosas, adoptar la forma de determinada estructura física situada de tal modo que obstruya la natural "corriente" de luz hacia el predio dominante. Se trata de un sistema sumamente oneroso para el titular del predio sirviente y, al mismo tiempo, muy comprometido, pues todo el mecanismo para edificar puesto en marcha por él puede quedar paralizado por una acción judicial posterior del titular del predio dominante.

A fin de evitar consecuencias adversas de tanta monta para el titular del predio eventualmente sirviente, la Ley de Servidumbres de Luces (Rights of Light Act) de 1959 ha establecido un sistema de notificaciones a las personas presuntamente afectadas, controlado por el Tribunal de Inmuebles (Lands Tribunal), hecho lo cual la práctica de tales modificaciones se registra como carga inmobiliaria. La notificación, en cuanto aviso a terceros, expira un año después de su acceso registral, salvo que sea cancelada antes o se entable acción judicial por los afectados. Si esto no ocurre, el promotor de la misma puede construir sin temor a servidumbres de luces que eventualmente paralizarían la construcción. Cualquier acción

(basada en el Derecho común o en tales leyes) puede ser ejercitada por el dueño del predio dominante como reacción a la notificación prevenida en las leyes. El disfrute de los diecinueve años y un día faculta para el ejercicio de la acción en los mismos términos, antes vistos, que si se tratase de servidumbres de otra naturaleza.

La constitución de la servidumbre de luces, al abrigo de lo preceptuado en la Ley de 1832, constituye excepción al principio de que una servidumbre sólo puede prescribirse respecto a la pertenencia plena absoluta en posesión; en primer lugar, la servidumbre de luces puede crearse por prescripción contra un predio sirviente cuando este esté cedido en arrendamiento real, aunque sea durante la totalidad del período prescriptivo (Simper v. Foley, 1862). Asimismo, la servidumbre puede surgir entre dos predios en situación de arrendamiento real con efectos posteriores vinculantes para los titulares de las pertenencias plenas respectivas (Morgan v. -- Fear, 1907; Willoughby v. Eckstein, 1937).

La Ley de 1832 es complementaria del Derecho común, -- creando un método adicional de recabar la constitución de -- las servidumbres de uso, pero respeta la existencia y posible aplicación práctica de los otros dos antes examinados. -- Es criterio procesal bastante difundido pedir, alternativa-- mente y por este orden, la constitución de la servidumbre -- con arreglo a la Ley de 1832, el Derecho común y la doctrina del título extraviado (algunos ejemplares: "Bailey v. Ste-- phens, 1862"; "Norfolk v. Arbuthnot, 1880" y "Robert v. James, 1903").

3.1.5. Contenido de las servidumbres de uso (extent of easements).

Para determinar las facultades que integran su contenido ha de tenerse presente el método en cuya virtud se ha creado la servidumbre de uso de que se trate, tal como ha sido razonado claramente en la causa "Williams v. James", en 1867...

Si la servidumbre se constituye mediante otorgamiento expreso, hay que estar a los términos del mismo y a su interpretación, en caso de duda. Así, cuando se configura un derecho ilimitado de paso en favor de un edificio y éste más tarde se transforma en hotel, su dueño queda facultado para usar de tal paso para todos los fines de su actividad hotelera - (abundante jurisprudencia lo confirma; citemos sólo algunos casos recientes: "Jelbert v. Davis", 1968; "Mc Ilwraith v. Grady", 1968 y "Keefe v. Amor", 1965).

Supuesto que el origen de la servidumbre sea un otorgamiento tácito, ya hemos visto (ver 3.1.4.3.) que, si es en favor del transmitente de la finca gravada, se admite sólo la servidumbre de estricta necesidad para el uso del inmueble, de acuerdo con las circunstancias imperantes en el momento de la constitución. Si el otorgamiento tácito es a favor del adquirente de la finca gravada, hay poca seguridad en el tema y ha de estarse principalmente a las circunstancias de cada caso (Milner's Safe Co. Ltd. v. Great Northern and City Rail Co., 1907).

El ámbito de las servidumbres adquiridas por prescripción viene determinado, como es lógico, en función de su uso o disfrute. En otras palabras, la carga sobre el predio sirviente -

no puede incrementarse por cambio radical del destino o utili-
zación del predio dominante. Un derecho de paso para fines -
 agrícolas no puede convertirse, una vez constituida la servi-
 dumbre, en derecho de paso para fines industriales (William
 v. James, 1867), pero si es factible una intensificación del
 uso sin alteración de su naturaleza (Giles v. County Buil-
 ding Constructors -Hertford- Ltd., 1971): el paso para los -
 miembros de un club de golf puede aumentarse debido a que el
 número de socios se incrementa, aunque sea de manera especta-
 cular o aparentemente desproporcionada.

3.1.6. Extinción de las servidumbres de uso (extinguishment of easements).

Las servidumbres de uso se extinguen por renuncia o a -
 resultas de la unidad de dominio y posesión de ambos inmue-
 bles en un solo titular.

a) Renuncia (release). Esta puede ser expresa o tácita.

Mediante escritura solemne, que es necesaria según el -
 Derecho común, el dueño del predio dominante puede renunciar
 a su derecho y liberar al predio sirviente de la carga que -
 la servidumbre entraña. Ahora bien, un simple acuerdo de li-
 beración, aun no solemnizado en escritura solemne, e incluso
 meramente verbal, deja al titular del predio dominante en --
 una posición tan deteriorada en cuanto a su derecho, que el
 renunciante, según consideraciones basadas en la Equidad, --
 respecto a la cual la ausencia de formalidades es intrascen-
 dente, queda personalmente vinculado por su acto (Davies v.
 Marshall, 1861; Waterloo v. Bacon, 1866).

Mayor importancia práctica, y también mayor dificultad interpretativa, ofrece la renuncia implícita o abandono del derecho. En todo caso se requiere una intención de abandono o renuncia que, como principio general, ha de inferirse del conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso (*Cook v. Bath Corpn.*, 1868). El simple no uso nunca es suficiente por sí solo (*Ward v. Ward*, 1852): la intención de abandonar el derecho ha de manifestarse también a través de otras circunstancias coincidentes con la del abandono (*Swan v. Sinclair*, 1924). No obstante, el desuso durante un largo período de tiempo puede dar vida a una presunción de abandono y a este respecto veinte años se suelen considerar como suficientes (*Moore v. Rawson*, 1824), siempre y cuando tal ausencia de uso no admita otra interpretación que la renuncia -- del derecho. Nuevo ejemplo de que el abandono es una cuestión de hecho a dilucidar en cada caso es el de que la demolición de un molino, sin ningún propósito de reconstruirlo, implica renuncia de una servidumbre de aguas en favor de -- aquél (*Liggins v. Inge*, 1830). Otro tanto ocurre con la demolición de una casa a la cual pertenezca una servidumbre -- de luces, a menos que se evidencie la intención de reconstruirla (*Ecclesiastical Commissioners for England v. Kino*, - 1880), sin que sea necesario que las nuevas ventanas ocupen la misma posición que las anteriores puesto que lo importante es que reciban sustancialmente la misma luz (*Scott v. Pape*, 1886). Asimismo, el desuso de una servidumbre de paso -- causado por algo que sea adverso al disfrute del derecho, -- entraña abandono (*Swan v. Sinclair*, 1924).

b) Unidad de dominio y posesión (unity of ownership and possession). Cuando la pertenencia plena absoluta en pose--

sión de ambos predios se reúnen en las manos de un solo titular, lo que en Derecho inglés también se denomina "unidad posesoria inmobiliaria" (unity of seisin), la servidumbre predial pierde su razón de existir y se extingue (Lord Dynevor v. Tennant, 1838), sin perjuicio de que el derecho puede renacer por aplicación de la doctrina de su otorgamiento tácito (v. supra 3.1.4. c).

Por el contrario, si lo que se adquiere es un arrendamiento real o una titularidad vitalicia en uno de los fundos y la pertenencia plena en el otro, el derecho queda en suspenso hasta que una de las titularidades cambia de manos -- (Thomas v. Thomas, 1835). La razón de esto es que hay unidad de posesión pero no de dominio. Tampoco hay extinción, sino mera suspensión, si la unidad es de dominio pero no de posesión; tal es el caso, en una servidumbre de luces, en que el dueño del predio sirviente, que lo tenga cedido en arrendamiento real, adquiera la pertenencia plena del predio dominante (Richardson v. Graham, 1908).

3.2. Servidumbres de disfrute (profits à prendre)

Disponemos ya (v. supra 3.) de una idea del concepto de las servidumbres de disfrute, aunque adolezca de cierta vaguedad y superficialidad. En esta misma línea, predominantemente genérica, tan grata a la doctrina y a la jurisprudencia inglesas a la hora de enfrentarse con los conceptos, las servidumbres de disfrute han sido descritas como "la facultad de tomar algo de la finca de otra persona" (Duke of Sutherland v. Heathcote, 1892).

Tal noción, obvio es recalcarlo, sigue pecando de am-

bigua. La cosa recogida ha de ser producto del suelo (Manning v. Wasdale, 1836): la tierra que lo integra, algo producido - en ella o los animales silvestres o salvajes que lo pueblan - y, además, ha de ser algo susceptible de propiedad, de dominio. Así, pues, los derechos de "cetrería, montería, pesca y caza" (hawk, hunt, fish and dowl) pueden constituir servidumbre de disfrute (Wickham v. Hawker, 1840), puesto que una vez muertos los animales a los que hacen referencia tales actividades del hombre, se cumplen respecto a ellos los dos requisitos expresados. Pero la facultad de tomar agua de un arroyo o de abreviar ganado en una fuente, no pueden ser servidumbres de disfrute ya que ni el agua es producto del terreno ni una vez recogida, salvo el supuesto excepcional del agua que se envasa para su venta, puede ser objeto de dominio (Mason v. Hill, 1833). La facultad de tomar agua almacenada en un recipiente artificial, por ejemplo, una cisterna, no es servidumbre de uso, si bien puede existir como una servidumbre de disfrute o autorización o licencia de uso, más probablemente esto último.

3.2.1. Analogías y diferencias entre servidumbres de uso y de disfrute (similarities and differences between easements and profits).

Cabe sintetizarlas, con ánimo de perfilar principalmente sus diferencias y captar mejor una idea de conjunto de estas últimas, en los términos que siguen.

Las servidumbres de disfrute, a diferencia de las de uso, pueden ser constituidas "in gross", es decir, sin vinculación a predio dominante alguno (Chesterfield v. Harris, --

1908) sino perteneciendo directamente a una persona. Los pe ríodos de prescripción para las servidumbres de disfrute -- son de treinta y sesenta años, a diferencia de los establecidos para las de uso que son más cortos, veinte y cuarenta años. En tiempos pasados normalmente, y como excepción en la actualidad, una servidumbre de disfrute puede constituir un derecho accesorio (appendant) a un inmueble en virtud de imperativo legal, mientras que las servidumbres de uso son per tenecientes (appurtenant) al predio dominante no como algo - accesorio sino principal. Así, el derecho a pastorear en los "manors" medievales era accesorio al otorgamiento de tierra arable; esta figura se mantiene en los casos de constitución anterior a la promulgación del Estatuto "Quia Emptores" que hayan sobrevivido hasta nuestros días. Por último, habida - cuenta de que las servidumbres de disfrute entrañan la facul tad de tomar o recoger algo del predio sirviente, el titular de las mismas tiene facultades posesorias más cualificadas - que si se tratase de una servidumbre de uso. Por lo tanto, - puede ejercitar acciones posesorias contra infracciones di-- rectas de su derecho (action of trespass) o contra simples - obstáculos indirectos al ejercicio del mismo (action of nui- sance). Se distinguen una y otra principalmente por la inten cionalidad: dolo o negligencia. Su ejercicio produce el cese de la infracción en todo caso, indemnización de daños en el segundo supuesto y en el primero, además, recuperación de - la posesión perdida y abono no sólo de daños sino también - de perjuicios. El titular de la servidumbre de uso únicamen te puede interponer acciones posesorias contra los obstácu- los al ejercicio de su derecho (action of nuisance) tenden-

tes a que los remueva el infractor y, eventualmente, a que se indemnicen posibles daños.

Aparte de las diferencias indicadas es, en general, similar la naturaleza de ambas servidumbres. Así, por ejemplo, es necesario que una servidumbre de disfrute perteneciente a un inmueble -lo que constituye el supuesto normal- esté conectada con él en el sentido de incrementar su disfrute (Clayton v. -- Corly, 1848; Bailey v. Stephens, 1862), pero sin que el provecho que entrañe pueda ser ilimitado: su tope está en las necesidades estimadas para la normal utilización del predio dominante.

3.2.2. Clasificación y contenido de las servidumbres de disfrute.

En función del sujeto titular del derecho, se distingue entre servidumbres de disfrute exclusivo por un titular individual (several profits à prendre) y servidumbres de disfrute común a varias personas, que además no entrañan exclusión del -- dueño del predio sirviente (profits in common; rights of com-- mon or commons).

Las servidumbres comunales, tanto si su origen se encuentra en costumbres anteriores al feudalismo, especialmente en el sistema denominado de "cultivo abierto" (open field system) o es debido al funcionamiento del "manor", unidad básica de la organización feudal inglesa (v. 3.1.3., cap. II), pues a ambas teorías se adscriben las investigaciones históricas en torno a su aparición, han tenido notable importancia histórica, siendo, además, la forma de servidumbre de disfrute más frecuente

en nuestros días. Por supuesto, su importancia práctica supera con mucho a la de las servidumbres de disfrute exclusivo.

Atendiendo al doble criterio de su origen y de la relación con el predio dominante, se admiten las siguientes variantes: servidumbres de origen legal (*profit appendant*); de origen contractual (*appurtenant*); servidumbres por causa de vecindad (*rights "pur cause de vicinage"*) y servidumbres puramente personales (*profits in gross*).

Las servidumbres de origen contractual (*profits appurtenant*), individuales o comunales, son aquéllas que quedan vinculadas a determinados inmuebles mediante acto jurídico de las partes interesadas (otorgamiento o prescripción). En general, han de cumplir los cuatro requisitos exigidos para la existencia de las servidumbres de uso y que ya han sido debidamente estudiados. (v. *supra* 3.1.1. parte III, cap. III). Así, la servidumbre de pesca en aguas ajenas (*profit of piscary*), en cuanto vinculada a un inmueble, no puede explotarse con fines comerciales: el número de peces capturados ha de limitarse a las necesidades de la familia del dueño del predio dominante ("*Harris v. Earl of Chesterfield*", 1911, o bien "*Chesterfield v. Harris*", 1908, según otras citas). Siguiendo con este mismo ejemplo de la servidumbre de pesca, la misma puede ser individual (*several fishery or free fishery*), que consiste en una facultad de captura piscícola en finca ajena, excluyendo, por lo común, al dueño de las aguas de dicha facultad sobre su propio predio (*Foster v. Wright*, 1878). La facultad comunal de pesca, por el contrario, es un derecho netamente compatible con el de otras personas, sin excluir al dueño del terreno (*Seymour v. Courtenay*, 1771). Otros ejemplos,

si bien discutibles en cuanto a su calificación como facultades de origen voluntario vinculadas, y por ello condicionados a la existencia de un predio dominante, son los de recoger - turba o leña como combustible o madera para reparaciones (commons of turbary and of estovers). Se polemiza en torno a su - calificación, especialmente respecto al primero de ellos, -- porque normalmente deben limitarse en calidad y cantidad a - las "necesidades" del predio dominante, necesariamente una - casa, y sin embargo lo disfrutaban, lo que es absurdo dentro de esta calificación, quienes aun siendo dueños del predio no lo son de viviendas (A. - G. v. Reynolds, 1911; Wavrick v. Queen's College, Oxford, 1871; Luttrell's Case, 1602).

Las servidumbres de disfrute que tienen origen legal -- (profits appendant) probablemente existen sólo en forma de - comunidad de pastos (common of pasture). En su configuración genérica ésta existe cuando los dueños de ganado pueden intro - ducirlo en fundos de otros para que pasten. En el caso de que el derecho, en su aspecto positivo, esté también vinculado a un inmueble (common appendant), lo que constituye el supuesto más normal y sin cuya concurrencia no puede decirse que exis - ta servidumbre, el ejercicio del derecho queda limitado en -- cuanto al ganado comunal (commonable cattle), esto es, animales de tiro - caballos y bueyes- con los que se ara la tierra y ga - nado vacuno y lanar, con los que se abone aquélla (Robinson - v. Duleep Singh, 1879; Chilton v. Corp'n. of London, 1878). Ade - más de esta limitación cualitativa, existe otra cuantitativa por cuanto, inicialmente, no había derecho a que pastara un - número ilimitado de cabezas de ganado comunal: sólo aquél -- "levant et couchant" en el fundo y siempre que su número no -

sobrepase el que el titular del predio dominante fuese capaz de mantener durante el invierno (Robertson v. Hartopp, 1889).

Esta relativa indeterminación numérica ha sido abolida - por la Ley de Registro de Derechos Comunales (Commons Registration Act) de 1965, que impone como obligatorio el registro de todos los derechos de pastos, si bien limita tal registro a un número definido de animales. Según esta misma Ley, todos los derechos comunales, sobre cualquier inmueble, han de ser registrados por aquellas personas que sean o pretendan ser - sus titulares, para lo cual se les concedió un plazo que expiró en agosto de 1970. El concepto legal de derechos comunales incluye los de pasto, para su aprovechamiento "in situ", así como los de hierbas u obtención de otros productos del - campo para ser retirados de la finca en que se dan y utilizados fuera de ella. Ha de tratarse de derechos constituídos - con vocación de permanencia, excluyéndose, por ello, expresamente de su concepto, los de duración a plazo cierto y los de año en año.

La inscripción prevista por la Ley de 1965 es de carácter provisional, pudiendo ser impugnada ante una Junta de Derechos Comunales, con posibilidad de apelación ante el Alto - Tribunal. Se convierte en definitiva si no hay impugnaciones o si éstas son rechazadas.

Los derechos comunales no inscritos antes de expirar el - plazo legal o que no hubieren sido previamente inscritos al amparo de la Ley de Registro Inmobiliario de 1925, no pueden ser ejercitados en el futuro, sin que en lo sucesivo tampoco sea - posible su creación legal; con ello se ratifica la imposibili-

dad de que surjan nuevos derechos comunales de origen legal, que quedó interrumpida con la promulgación del Estatuto -- "Quia Emptores" en 1290 (v. 3.1.3., cap. II). Cabe, no obstante, constituirlos en virtud de otorgamiento expreso o de prescripción; e inscribirlos posteriormente, sin sujeción a plazo. Sin embargo, si se omite esta formalidad los derechos de origen no legal no pierden su virtualidad.

Las servidumbres de disfrute por causa de vecindad existen en forma de comunidad de pastos. El derecho existe si -- tierras comunales colindantes (no es posible si no hay contigüidad; "Commissioners of Sewers v. Glasse, 1874") están recíprocamente abiertas a los ganados de sus respectivos beneficiarios de tal modo que cualquier ganado que pueda ser introducido en uno de los predios, puede pastar libremente en el otro (Pritchard v. Powell, 1845). Pruebas en contrario a la existencia del derecho son la expulsión, aun en el pasado, del ganado procedente del predio vecino (Heath v. Elliot, -- 1838) y el cierre de los predios (Tyrringham's Case, 1584).

Finalmente, las servidumbres puramente personales (in - gross), individuales o comunales, facultan al titular para - obtener determinado disfrute de un predio ajeno, con independencia de que sea o no dueño de otra finca. Así, el derecho a pescar sin limitación en un canal constituye una de sus - modalidades (Staffordshire & Worcerstershire Canal Navigatio v. Bradley, 1912). La servidumbre de pastos constituye otra posible modalidad, que ha de constituirse necesariamente en escritura sólemne, sin que sea obligada la limitación en -- cuanto al número de cabezas a introducir. Las servidumbres -

puramente personales son derechos reales inmobiliarios trans^umisibles, en cualquiera de las formas usuales, tanto por actos "inter vivos" como "mortis causa", trátase de sucesión testada o intestada.

3.2.3. Distinción entre las servidumbres de disfrute y otros derechos inmobiliarios.

Las mismas razones que sirvieron para justificar este estudio con referencia a las servidumbres de uso (v. supra 3.1.3, precedente) son válidas y, por ello, perfectamente aducibles, para las de disfrute, por cuya razón las consideramos reproducidas aquí en aras de la brevedad.

a) Facultades dominicales especiales.

Tanto a las cuasiservidumbres como a las "facultades naturales de la propiedad", son aplicables las mismas consideraciones antes expuestas en análogo apartado. Un ejemplo de estas últimas es la obligación -y correlativa facultad a favor de otros- del dueño del predio ribereño a no impedir el paso, para fines de pesca, a las zonas de su fundo colindantes con las aguas corrientes o embalsadas (Barker v. Faulkner, 1898).

b) Derechos públicos subjetivos.

El derecho público subjetivo que más se asemeja a una servidumbre de disfrute es el de pescar en el mar y además aguas sujetas a las mareas. No obstante, dado que el derecho pertenecía a la Corona, ésta tenía la posibilidad de otorgarlo en exclusiva a determinados súbditos (derecho de libre pesca o "free fishery"). Tal privilegio constituía la única

excepción al derecho a pescar libremente en las aguas marinas y si bien el mismo quedó abolido en virtud de la Carta Magna de 1215, las concesiones hasta entonces otorgadas subsisten y son transmisibles (Malcomson v. O'Dea, 1863; Stephens v. - Snell, 1939).

c) Derechos consuetudinarios locales (customary rights of fluctuating bodies).

En principio, no es posible una servidumbre de disfrute de origen consuetudinario en favor de una comunidad cambiante de personas (Alfred F. Beckett Ltd. v. Lyons, 1967), ya que, según se ha argumentado, lo ilimitado del disfrute podría provocar la destrucción del predio sirviente (Race v. - Ward, 1855). A pesar de tales consideraciones, si una facultad que ostenta tal peculiaridad subjetiva ha sido disfrutada durante largo tiempo, los Tribunales procuran hallarle -- una justificación legal. Ello se hace, principalmente, a través de dos procedimientos.

El primero de ellos consiste en presumir la constitución de la comunidad en Corporación o persona jurídica, mediante concesión de la Corona (presumed incorporation by Crown grant). La razón jurídica por la cual una comunidad cambiante de personas no puede ser titular de una servidumbre de disfrute es la de que, en principio, carece de personalidad jurídica sin la cual no es posible el preceptivo otorgamiento (Fowler v. - Dale, 1594). No obstante, la Corona tiene prerrogativas para "personificar" jurídicamente a cualquier comunidad local por pequeña que sea, elevándola, mediante cédula, al rango de villa (borough) o ciudad (city), es decir, a la categoría de -

Corporación municipal. Tal "personificación" jurídica puede hacerse -y se ha hecho, aunque raramente- a los exclusivos fines del otorgamiento de la servidumbre de disfrute. Su importancia radica, no en los casos en que efectivamente se ha llevado a cabo, sino en que permite a los Tribunales presumir su existencia respecto a determinados disfrutes comunales si se acredita que éstos existen durante largo tiempo y que quienes aleguen el otorgamiento del derecho, y sus predecesores, se consideren y actúen como una Corporación municipal a los efectos del ejercicio de dicho derecho, mediante, - por ejemplo, la celebración de asambleas o solicitando la intervención de algún funcionario competente para que supervise el ejercicio del derecho (Re Free Fishermen of Farersham, -- 1887; Lord Rivers v. Adams, 1878).

El segundo sistema se basa en presumir la existencia de un "fideicomiso piadoso o de favor" (presumed charitable -- trust). Aun cuando sólo concorra el primero de los requisitos necesarios para que funcione el procedimiento anterior -disfrute comunal durante largo tiempo-, los Tribunales pueden encontrar un fundamento jurídico a las facultades consuetudinarias locales presumiendo su otorgamiento en favor de una - Corporación con personalidad jurídica, sujeta a la condición de fideicomiso piadoso de autorizar su disfrute a quienes alegan su condición de ejercientes de tal derecho (Goodman v. Mayor of Saltash, 1882). Ahora bien, para la aplicación de este sistema debe quedar claramente establecido que el disfrute -- llevado a efecto por el grupo inorgánico de personas, ha de serlo en concepto de derecho (as of a right), como titulares, y no como mera tolerancia del dueño del predio sirviente (Alfred F. Beckett Ltd. v. Lyons, 1967).

3.2.4. Constitución de las servidumbres de disfrute

Hemos de considerar este tema sin detenernos demasiado - en él puesto que, salvo ligeras variantes, está regulado, por razón de analogía, a semejanza con las servidumbres de uso. - De entrada, podemos prescindir de las servidumbre de disfrute, de origen legal, vinculadas a un predio dominante (profits appendant), porque su constitución es imposible desde - la promulgación del Estatuto "Quia Emptores" en 1289. Nos re- mitimos a lo dicho en el precedente subapartado 3.2.2. sobre este tema.

Examinemos los varios métodos de constitución o adquisi- ción de las servidumbres de disfrute, en paralelismo con las de uso.

a) Creación estatutaria o legal (statute). Ciertas ser- vidumbres de disfrute, de carácter personal, nacieron en vir- tud de disposición legal expresa, lo que ocurrió, con alguna frecuencia, cuando las Leyes de Cerramiento de fincas rústi- cas (Inclosure Acts) confirieron nuevos derechos a los seño- res de los "manors" (manorial lords), a modo de compensación por los derechos perdidos globalmente sobre el terreno mismo.

b) Otorgamiento expreso (express grant). Las servidum- bres de disfrute puramente personales (in gross) y las de -- origen contractual vinculadas a un predio dominante (appurte- nant), se constituyen, en Derecho común, mediante escritura - solemne (Wood v. Leadbitter, 1845; Mason v. Clarke, 1954). - Su omisión, sin embargo, no es fatal para el beneficiario -- del otorgamiento si puede probar la existencia de un contra-

to oneroso que vincule al otorgante, evidenciado por un documento privado o por actos de ejercicio del derecho, en cuyo caso puede, al amparo de la Equidad, hacer valer su pretensión, si bien con las limitaciones que acompañan a todos los derechos equitativos (Frogley v. Lovelace, 1859; Mason v. -- Clarke, 1955).

El ya citado artículo (section) 62 de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 establece que el contrato transmisorio (conveyance) del predio incluye también, dentro de sus términos generales (general words), la transmisión de las servidumbres de disfrute pertenecientes al inmueble en dicho momento (White v. Williams, 1922; White v. Tylor, 1969).

c) Otorgamiento tácito (implied grant). La doctrina -- "Wheeldon v. Burrows", que constituye la piedra angular de esta modalidad de constitución de las servidumbres de uso, es inaplicable a las de disfrute puesto que difícilmente se reúnen respecto a ellas las características de continuidad y apariencia que constituyen el fundamento del sistema.

d) Prescripción según el Derecho común (prescripción at common law). Se exigen los mismos requisitos que para la --- prescripción de las servidumbres de uso. Con independencia de ellos, la única diferencia de relieve consiste en la posibilidad, aunque no general (v. 3.2.2. precedente, último párrafo), de que no exista predio dominante (profit in gross). Los casos de servidumbres de disfrute puramente personales no abundan, por lo que su adquisición prescriptiva es igualmente infrecuente. En todo caso, quien la alegue ha de demos

trar que él y sus ascendientes, u otra persona y sus ascen--
dientes, de quienes traiga causa el reclamante, han disfruta--
do de la servidumbre desde tiempo inmemorial (Welcome v. Up--
ton, 1839).

e) Otorgamiento reciente en documento extraviado (lost modern grant). Esta modalidad adquisitiva es aplicable, sin variaciones, a las servidumbres de disfrute, si bien en la - práctica se alega muy rara vez como fundamento en su adquisi--
ción.

f) Adquisición según la Ley de Prescripción (Prescrip--
tion Act) de 1832. Esta Ley trata de forma diferente a una y
otra clase de servidumbres. Si para las de uso establece pla--
zos de veinte y cuarenta años, alarga éstos, para las de dis--
frute, a treinta y sesenta años, respectivamente. A los efec--
tos de la Ley de Registro de Derechos Comunes (Common Re--
gistration Act) de 1965, el tiempo durante el cual un predio
sirviente estuvo requisado o un derecho a pastar quedó sus--
pendido por motivo de alguna epidemia, no constituye interrup--
ción prescriptiva ni tampoco se computa como parte de los --
plazos de treinta o sesenta años; en suma, tales pausas se -
consideran neutras, inexistentes. La prescripción adquisiti--
va, según la Ley de 1832, únicamente es viable en cuanto a -
las servidumbres de origen voluntario vinculadas a un predio
dominante (appurtenant), ya que la existencia de este último
es imprescindible dentro del sistema (Shuttleworth v. Le Fle--
ming, 1865).

3.2.5. Extinción de las servidumbres de disfrute (extinguish-- ment of profits a prendre).

Las servidumbres de disfrute, así individuales como comunales, pueden extinguirse por alguno de los siguientes métodos:

a) Unidad de posesión inmobiliaria o unidad de posesión y dominio, que producen diferentes efectos. Cuando existe esta última, es decir, supuesto que los derechos que se confundan en un mismo sujeto sean pertenencias de la misma naturaleza, la servidumbre de disfrute se extingue (White v. Tylor, 1969. Si, por el contrario, la unión que se produce es de simple posesión como ocurre cuando el titular de la servidumbre y de la pertenencia plena del predio dominante adquiere un arrendamiento real sobre el sirviente, la servidumbre de disfrute no se extingue, sino que queda en suspenso durante la vigencia del arrendamiento y readquiere su plena efectividad al extinguirse el mismo.

b) Renuncia. Siendo explícita, es causa de extinción cuyo desarrollo práctico no difiere del de análoga causa en las servidumbres de uso.

También es aplicable a las servidumbres de disfrute lo dicho antes respecto a las de uso, en cuanto a su extinción mediante renuncia implícita.

c) Mutuación del predio dominante (alteration of dominant tenement). Si bien no es cierto que el simple no uso de la servidumbre de disfrute lleve aparejada su extinción (Seaman v. Vawdrey, 1810), si el carácter del predio dominante experimenta tal transformación que resulta inviable cualquier

facultad o derecho anejo, se presume la extinción de la servidumbre de disfrute. Así, si un predio al que había anexo - un derecho comunal de pastos, se transforma en solar para la edificación de viviendas, la servidumbre de disfrute con respecto a él se extingue, pero si la conversión no es irrevocable, como por ejemplo, la transformación de un terreno de cereal en huerta, la servidumbre queda en suspenso y puede re-nacer si el predio dominante recupera su primitivo carácter (Carr v. Lambert, 1866; Tyrringham's Case, 1584).

d) Desafección y apropiación parcial y total (approve--ment and inclosure of commons). Las servidumbres comunales - de disfrute pueden extinguirse parcialmente en virtud de ciertos procesos jurídicos conocidos como apropiación parcial y total que, previa desafección, igualmente parcial y total, - llevan aparejada, en la correlativa magnitud, la extinción - de la servidumbre comunal.

Ya en el primitivo Derecho común, el señor del "manor", que según ya sabemos era la unidad territorial y de población básica en la organización feudal inglesa, estaba facultado - para sancionar (to approve) en el sentido de corregir o pro-hibir, el disfrute de los pastos comunes a fin de evitar que los mismos resultasen agotados o arruinados, haciéndolos inaprovechables como consecuencia de la multiplicación de los - comuneros-beneficiarios del disfrute. La sanción consistía - en la apropiación parcial de los predios comunales por parte del señor. Esta facultad señorial, cuyo ejercicio arbitrario provocó no pocos conflictos, fue regulada por el Estatuto de Merton de 1235 y más tarde por el de Westminster -el segundo

de ellos- de 1285. El señor quedó facultado para apropiarse parcialmente los terrenos baldíos (manorial waste) en que -- pastoreaban los ganados de sus vasallos, siempre que dejase a los mismos terreno suficiente para sus necesidades de pas t_{oreo}, recayendo en el señor el "onus probandi" de la sufi ciencia. Las servidumbres de disfrute extinguibles como cõn secuencia de la desvinculación y apropiación parcial eran -- únicamente las vinculadas, legal o voluntariamente, a un -- predio dominante, pero no las puramente personales (in gross).

Otro método de extinción, en beneficio no de los seño-- res sino de los agricultores, similar al anterior pero de -- efecto más radical, es el ya mencionado de desvinculación y apropiación total, también llamado de cerramiento (inclosu-- re), puesto que su ejercicio hace indispensable tal hecho fi sico. Este procedimiento de extinción se diferencia del exa-- minado en primer lugar, además de por ser distinto el sujeto que lo promueve, en que, (a) se extiende a toda clase de de-- rechos comunales, como los de recoger turba o leña como com-- bustible o madera para reparaciones (commons of turbary and of estovers) y no sólo a los de pastos; (b) no se limita a -- parte del o de los predios sirvientes, sino que afecta a la totalidad de los mismos y, finalmente, (c) su ejercicio no -- queda a la discrecionalidad de una persona sino que depende de la aprobación de una Ley por el Parlamento (Act of Parliament).

Los "cerramientos" constituyen un expediente jurídico -- en cuya virtud, los beneficiarios del disfrute de una servi-- dumbre comunal reciben una determinada parcela de terreno en

pertenencia plena a cambio -subrogación real- de las facultades de disfrute que anteriormente ostentaban sobre los baldíos comunales (waste manorial). Si bien en la actualidad no pasa de ser letra muerta, su importancia histórica ha sido enorme: entre 1760 y 1860 su aplicación supuso la casi completa desaparición de los terrenos comunales que constituían, desde sus primeros tiempos, una de las características más descollantes del Derecho inmobiliario inglés. La política -- del Parlamento fue la de estimular la productividad agraria, lo cual resultaba enormemente dificultoso en el estrecho y -- arcaico marco constituido por los restos de las estructuras inmobiliarias feudales. Los señores feudales podían ser compensados de la pérdida de sus derechos, según lo expuesto antes en 3.2.4., letra a).

En un principio, los "cerramientos" eran acordados en -- virtud de Leyes especiales aprobadas por el Parlamento (private Acts of Parliament) para cada supuesto en particular. -- El coste económico de estas Leyes era tan alto que en 1801 -- se aprobó lo que, en una acepción muy genérica, podríamos -- llamar Ley de Bases de Cerramientos (Inclosure - Consolidation - Act) que simplificó el procedimiento al fijar una serie de previsiones de carácter general que sirvieron de líneas maestras a las Leyes Especiales. A la misma línea directriz de -- simplificación se ajusta la Ley de 1845 y en virtud de ambas comenzaron a funcionar unas Comisiones que, en base a aquellos preceptos, actuaban y resolvían sobre el propio terreno. Su actuación fue tan espectacular que la opinión pública se -- alarmó ante la galopante desaparición de espacios libres, por lo que la nueva Ley de Cerramiento de 1852 prohibió los mis--

mos sin expresa autorización del Parlamento. En la actualidad, sin perjuicio de su escasa aplicación práctica, tal como antes ha quedado constatado, el procedimiento se inicia mediante solicitud dirigida al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (Minister of Agriculture, Fisheries and Food); si, "prima facie", la solicitud se estima favorablemente, - por considerarse que puede favorecer al vecindario, se realiza una encuesta local. En su caso, una orden provisional - se eleva a la aprobación del Parlamento.

4. PACTOS DE TRASCENDENCIA INMOBILIARIA (covenants affecting land).

- o - o - o -

El Derecho inglés agrupa ciertas obligaciones o pactos, originariamente personales, bajo el común denominador de un régimen jurídico peculiar. Apréciase en él una "desnaturalización" en lo relativo a la eficacia de estas figuras jurídicas, ya que el vínculo jurídico obligacional, en su doble vertiente activa y pasiva, se muestra necesariamente ligado a determinada titularidad inmobiliaria. Al pretender caracterizar esta institución jurídica, que los autores ingleses denominan "covenants affecting land" o "covenants which run with the land", vienen a la memoria las obligaciones "propter rem", cuya existencia testimonian nuestros tratadistas, y que son las que se tienen por razón de la cosa, por la relación que el obligado mantiene con ella. Este paralelismo ya ha sido captado con anterioridad por PUIG BRUTAU (Fundamentos, tomo III, 1º; págs. 30 y 31) cuando afirma que el tema de las obligaciones "propter rem" o que son únicamente asumidas por el hecho de tenerse la propiedad de una cosa, se presta a la comparación con las obligaciones que según los ingleses se transmiten, o "corren" con la finca. Postergando para más adelante la penetración en el meollo del tema, que es el de la verdadera esencia de estas figuras jurídicas, procedamos al examen de los aspectos más relevantes de su régimen jurídico.

Los principios generales en la materia nos fuerzan -

a distinguir entre pactos integrantes de precontratos - (privaty of contract) de eficacia exclusivamente personal, pactos naturalmente inmobiliarios (privity of estate) que, tanto en Derecho común como en Equidad, vinculan a los titulares primitivos y a quienes traigan causa de ellos, y pactos mixtos que, no obstante su estructura netamente personal, son susceptibles de alcanzar - eficacia "erga omnes". Sin perjuicio del detenido estudio que más adelante haremos de la modalidad principal de estos últimos, los llamados pactos restrictivos de uso de inmuebles, cabe citar algún otro ejemplo de ellos, como los pactos beneficiosos que se transmiten unidos a inmuebles y cuyo contenido económico y jurídico enriquecen. Tal es el caso del pacto tácito que, para completar o perfeccionar la transmisión del inmueble, nace de todo precontrato, facultando a cualquier sucesor del adquirente para dirigirse contra cualquier transmitente, y no sólo contra el último de ellos, a fin de exigir la solemnización del contrato o contratos pendientes de ello.

La investigación sobre los pactos naturalmente inmobiliarios, se centrará en los de naturaleza arrendaticia. Tanto el arrendador como el arrendatario son titulares de derechos transmisibles a terceros, derechos cuya transmisibilidad sería inoperante de no admitirse como posible la subrogación del adquirente en la posición jurídica del transmitente. Ahora bien, sus respectivos estatutos jurídicos no son íntegramente eficaces respecto de terceros, sino solamente en aquella parte que -- "afecta o concierne al inmueble" o, según terminología más moderna, la que "hace referencia al objeto del arrende

damiento". Todo pacto, puntualiza la jurisprudencia, que afecta al arrendador y al arrendatario en cuanto tales - ("qua" landlord or "qua" tenant) concierne a la finca y tiene, por tanto, trascendencia inmobiliaria. Del lado - del arrendatario se citan, con tal carácter, entre otros, los de pagar la renta y la prohibición de subarrendar. -- sin consentimiento del arrendador, y del lado de éste, - la renovación o prórroga del arrendamiento, el suministro de agua al predio arrendado, etc... Carecen, sin embargo, de eficacia real, entre otros, la obligación del arrendatario de pagar una suma anual a un tercero y la - del arrendador de transmitir a un tercero su derecho remanente, a un precio prefijado.

No basta con especificar qué pactos arrendaticios - gozan de eficacia real y cuáles carecen de ella. Se hace preciso determinar también los efectos de la referida -- trascendencia real.

En base a una antigua regla tomada del Caso Spencer en 1583, el Derecho común establece claramente la norma de que el cesionario del arrendatario asume tanto el derecho como la obligación dimanantes de los pactos de -- trascendencia real, pero únicamente en el caso de cesión total o traspaso, más no en los de subarriendo o adquisición de derechos arrendaticios en virtud del efecto indirecto de la prescripción extintiva. El primitivo arrendatario es responsable por todos los incumplimientos del - pacto real durante toda la vigencia del arrendamiento, a diferencia de lo que ocurre con su cesionario cuya responsabilidad por infracción excluye, como es lógico, la na-

cida de los actos cometidos antes de la cesión a su favor y la de los producidos tras la extinción de su titularidad por nueva cesión. En consecuencia, si se infringe un pacto de trascendencia real, el primer arrendatario y el cesionario titular del derecho en el momento de la infracción son igualmente responsables, y ambos pueden ser demandados por el arrendador sin que, como es natural, el resarcimiento indemnizatorio pueda duplicarse. - El principal responsable es el cesionario actual, por lo que el primer arrendatario condenado puede repetir contra él. Hay, en definitiva, una responsabilidad similar a la que en nuestro Derecho alcanza al fiador solidario el cual puede, lógicamente, reclamar lo que hubiere satisfecho por el afianzado.

Inicialmente, el Derecho común disponía que el arrendador que cedía su derecho remanente sobre el predio transmitía sólo aquella parte de su estatuto jurídico que era inherente a la relación propiamente arrendaticia, como - el derecho a percibir la renta. Un primer cambio legislativo se produjo con la promulgación de la Ley de Adquirentes de los Derechos de los Arrendadores de 1540, en cuya virtud el derecho y la obligación de todos los pactos contenidos en un arrendamiento concernientes al predio, pasaban al adquirente en unión del derecho remanente transmitido. En el mismo criterio se inspira la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, según la cual la transmisión de los derechos del arrendador implica la de los pactos "referentes al objeto del arrendamiento". Para que esto se produzca es preciso que la cesión de derechos sea plena, a fin de que el cesionario quede completamente --

subrogado en la situación jurídica del arrendador-cedente. El adquirente de los derechos de éste es responsable, en concepto de tal, por infracciones cometidas por él, después de que la cesión sea efectiva, pero no por las que se hubieren cometido por el cedente con anterioridad a dicho acto. A la inversa, el adquirente puede demandar al arrendatario por las infracciones que hubiere cometido antes de la cesión, incluso ejercitando condición resolutoria pactada.

Los que al comienzo bautizamos como pactos mixtos, que también cabría denominar pactos accidentalmente inmobiliarios, han cristalizado en una peculiarísima institución jurídica inglesa: los pactos limitativos del uso o "restrictive covenants". Estos derechos, que han llegado a ser verdaderas servidumbres negativas, de eficacia exclusivamente equitativa, tienen considerable trascendencia práctica. Además, reflejan, de forma muy gráfica y con notable exactitud, la mentalidad anglosajona, a nivel popular, en materia de ordenación urbana y, en general, del territorio.

Todo intento de clarificar la exposición de este tema nos lleva a partir del punto de vista del dueño de una finca, interesado en crear una obligación, positiva o negativa, que vincule al propietario del predio vecino a fin de preservar el valor en venta de su propio inmueble o sus características recreativas. Estas obligaciones tienen trascendencia real si se constituyen como servidumbres de uso, pero pierden, en principio, su fuerza vinculante frente a todos si, por estar configuradas co-

mo obligaciones puramente personales, el predio al que -
afectan a través de su dueño cambia de manos. La teoría
de los pactos limitativos del uso es una flexibilización,
que no entraña derogación, de este principio general. -
Ello ocurrió primero en el ámbito del Derecho común y,
después, y con mayor amplitud en el de la Equidad.

En Derecho común, la regla mantenida a lo largo de
varias centurias ha sido la de que los pactos beneficio-
sos, o más exactamente el contenido o parte beneficiosa
de los mismos, es decir, los derechos que de ellos nacen,
con independencia de su carácter positivo o negativo, se
transmiten al sucesor del beneficio; es decir, que el --
otorgante del mismo se vincula frente al beneficiario y
sus sucesores. A la inversa, el contenido oneroso de los
pactos se rige por el principio de su intransmisibilidad
a los sucesores del obligado, a menos que se encadenen -
mediante pactos indemnizatorios, aceptados por quienes -
adquieren la finca y la carga, se condicionen beneficios
y cargas, es decir, se ensamblen pactos onerosos con --
otros beneficiosos o, finalmente, se sancione su efica-
cia con condición resolutoria.

En Equidad, a partir de la causa Tolck v. Moxhay --
(1848), la doctrina jurisprudencial atribuye a los pac-
tos sustancialmente negativos, cumplidos ciertos requi-
sitos que no tardaremos en enumerar, el carácter de car-
gas o derechos reales equitativos. Quiere ello decir, -
como bien sabemos, que acompañan a los inmuebles a los
que tienen por objeto, obligando a los sucesivos adqui-
rentes, excepto al de la pertenencia legal del predio -

sirviente que no tenga conocimiento efectivo o supuesto, de acuerdo con la peculiar eficacia de los derechos de naturaleza equitativa. El pacto restrictivo del uso no puede configurarse nunca como un privilegio personal - del beneficiario sin relación con finca de su propiedad. Como consecuencia de esta evolución quedan prácticamente asimilados, al existir un predio dominante y otro sirviente, a las servidumbres de uso.

Para que el beneficio del pacto o derecho que de él emana se transmita a los sucesores del primer titular, - han de cumplirse los dos siguientes requisitos: el pacto ha de tener por objeto activo el inmueble del beneficiario y el actor, supuesto el ejercicio de una acción judicial, ha de ser titular del derecho o beneficio del pacto. Esta condición puede acreditarse por diversos caminos: titularidad de algún derecho real sobre el predio "beneficiado", en virtud de cesión expresa o tácita de éste y del pacto que le beneficia, anexión claramente establecida de ambos en el título constitutivo o, finalmente, existencia de una planificación u ordenación urbanística privada, en la que se impongan determinadas prohibiciones como las de establecer comercios, edificar más volúmenes de los autorizados, respetar una cierta uniformidad en la apariencia exterior de los edificios, etc... La obligatoriedad de tales condiciones puede lograrse mediante pactos convenientemente establecidos entre el vendedor y los compradores de las parcelas -que es lo más práctico- o entre éstos una vez adquiridas las fincas.

El pacto, si es de naturaleza negativa en su sustancia y no solamente en su apariencia, liga, en su vertiente onerosa, al adquirente del predio sirviente, siempre que el beneficiario, al tiempo y después de otorgarse el pacto, sea, como antes decíamos, titular de algún fundo a cuya protección esté orientado aquél, es decir, de un predio dominante. Además, ha de ser intención común de las partes, expresa o tácita, que la carga del pacto -- acompañe al inmueble del concedente. Al amparo de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, la existencia de este requisito se presupone, salvo acuerdo expreso en contrario.

La naturaleza esencialmente equitativa de los pactos restrictivos del dominio se trasluce en la extraordinaria flexibilidad de su régimen jurídico, en gran parte reservado al arbitrio judicial. En principio, el desuso no cuenta como causa de extinción de los mismos, pero -- los Tribunales pueden declararlo en virtud de alteración de las circunstancias concurrentes (por ejemplo, si la zona donde estén las fincas cambia de carácter y deja, por ejemplo, de ser residencial para convertirse en comercial). También pueden los Tribunales inmobiliarios, en determinados casos, acordar la modificación o revocación de estas cargas.

En los últimos años, el gran desarrollo experimentado por la planificación territorial y, en particular, por la urbana han mermado notablemente la importancia -- práctica de los pactos restrictivos del uso.

Volviendo ahora al estudio de la comparación entre los pactos de trascendencia real y las obligaciones "propter rem", apuntada al comienzo de este comentario, merece nuestra atención, en primer término, la rigurosa -- obligación que atañe al primer arrendatario por razón -- de los pactos de trascendencia inmobiliaria. Como antes dijimos, su responsabilidad por incumplimiento de los -- mismos no cesa en virtud del traspaso o cesión de sus -- derechos arrendaticios a un tercero, sino que queda -- obligado solidariamente con éste por razón de las infracciones que cometa. Asimismo, el adquirente o cesionario del derecho remanente del arrendador puede demandar al arrendatario por infracciones que hubiere cometido an-- tes de la cesión. Otro supuesto que cabe adscribir a -- esta línea de nuestro comentario es el de los pactos mereramente obligacionales que, en Derecho común, adquieren eficacia inmobiliaria, de forma accidental, mediante -- el condicionamiento de beneficios y cargas, o dicho de otro modo, ensamblando un pacto beneficioso con otro -- oneroso.

En todos estos casos, y de forma particularmente -- clara en el primero de ellos, nos hallamos ante verdaderas obligaciones "propter rem", puesto que se trata de deberes consistentes en tener que hacer algo, impuestos a una persona y no sólo por el hecho de ser dueña de la cosa gravada ni únicamente para mientras lo sea, sino -- también, en ocasiones, cuando estas circunstancias han desaparecido. En todo caso, si adoptamos el punto de -- vista de otros autores que juzgan posible la existencia

de derechos reales "in faciendo", podríamos trasplantar los al Derecho inglés, comprobando como cabe adoptar el concepto a estas figuras, especialmente a la que hemos comentado en último lugar ya que en ellas "se grava directamente el fundo y sólo mediatamente la persona que se encuentra en relación con él y que puede desembarazarse de la obligación abandonando la finca" (CASTAN, - op. cit.; II, 1º; pág. 38).

Descendiendo ahora de la categoría genérica a las particularidades normativas de las instituciones jurídicas españolas que más se asemejan a las inglesas, hemos de partir del principio general de la transmisibilidad del contrato de arrendamiento de cosas. Ahora bien, como nos recuerda ALBALADEJO (op. cit. II, 2º; pág. 159), - su cesión, en principio, requiere no sólo el acuerdo entre cedente y cesionario, sino también el consentimiento de la otra parte que está ligada con el cedente por el contrato de arrendamiento. Ello es así porque en nuestro Derecho, sin perjuicio de importantes matizaciones, el arrendamiento crea a favor del arrendatario un simple derecho personal o de crédito. Ampliando los razonamientos que respaldan esta postura, CASTAN y CALVILLO - (op. cit.; IV; págs. 284 y 285) sostienen que la verdadera y propia cesión del arrendamiento (transmisión de la relación jurídica contractual como un todo, comprendiendo los derechos y las obligaciones que lo integran), aunque a primera vista parece encontrar algunos obstáculos para su admisión dentro de nuestro Derecho, como -- son el artículo 1257 (a cuyo tenor "los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus

herederos"), el 1550 (que nos muestra que el Código no autoriza el subarriendo sino a base de dejar subsistente la responsabilidad del arrendatario"al cumplimiento del contrato para con el arrendador", de donde se desprende que la cesión había de ser admitida con esta misma salvedad) y, en general, los principios de nuestro Código contrarios a la admisión de la sucesión particular en las deudas, puede hablarse de una propia cesión del arrendamiento que para ser eficaz respecto del arrendador requerirá, desde luego, el consentimiento de éste.

En cuanto a la exclusiva cesión de los derechos que engendra el arrendamiento, los mismos autores sostienen que es admisible, con arreglo al artículo 1112. Por excepción, no será válida si se ha establecido en el contrato la prohibición de ceder o subarrendar, ya que ésta presupone aquélla, al evidenciar la voluntad de arrendar "intuitu personal".

Es de lo más interesante el paralelismo, que tan netamente se delinea, entre la norma contenida en el artículo 1550 -incluida la interpretación generalizadora que de él hacen CASTAN y CALVILLO- y el precepto inglés que hace responsable al arrendatario-cedente de las infracciones que cometan su inmediato cesionario y los demás que posteriormente le sucedan en sus derechos.

La moderna legislación de arrendamientos urbanos --acomete, por primera vez, la regulación legislativa de la cesión del arrendamiento, apenas perfilada por la doctrina científica. Fundándose en el reconocimiento de la existencia del fondo comercial o patrimonio mercantil, -

confiere esta legislación al arrendatario del local de - negocio, con el nombre de traspaso, un derecho de cesión que no requiere el consentimiento del arrendador. El vi gente Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24-12-1964, admite, en efecto, el traspaso de - local de negocio, sin necesidad del consentimiento del arrendador, pero con sujeción a los requisitos legales (arts. 29 y siguientes) y la cesión de vivienda, con el consentimiento del arrendador (art. 26) y, excepcionalmente, sin dicho consentimiento, cuando se hace a favor de los parientes que marca la ley (art. 24). Dice la LAU, en su artículo 29, que el tercero, beneficiario del traspaso, "quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento". Esta transmisión global de derechos y obligaciones ha de entenderse, al - igual que en Derecho inglés, referida tan sólo a aqué-- llos que afectan o conciernen al inmueble, es decir, a los que hacen referencia al objeto del arrendamiento, lo que, salvo pacto expreso en contrario -que, naturalmente, precisaría el consentimiento del arrendador-, excluye de la transmisión los eventuales pactos estrictamente personales que, por su naturaleza, sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Refuerza esta interpretación el texto mismo del artículo - 29 que define el traspaso como la cesión mediante precio de los locales de negocio; por tanto, debe entenderse - referidos a ellos los derechos y obligaciones en los que opera la subrogación.

El equivalente hispánico de los pactos restrictivos del uso son, genéricamente, nuestras servidumbres negativi

vas, tal como las define el artículo 533 del Código Civil. Ahora bien, el contenido específico de aquéllos, - en cuanto normas contractuales de Derecho privado, que constituyen un germen de planificación territorial, son in frecuentes en nuestra práctica jurídica. Es muy reciente la aspiración a preservar el carácter residencial de ciertas urbanizaciones; para ello se acude no al instrumento de las servidumbres sino al de los estatutos de - las comunidades de propietarios cuya eficacia dimana de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960. Lo que parece dudoso es su trascendencia real, a menos - que el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la condición de copropietario de la zona residencial se sancione con condición resolutoria expresa del derecho - dominical. Lo que en todo caso no ofrece duda es la imposibilidad de catalogar los pactos restrictivos del uso, dado su carácter esencialmente negativo, como obligaciones "propter rem" o derechos reales "in faciendo".

La ineficacia de los pactos limitativos del uso -- respecto a los adquirentes a título oneroso y de buena fe, es decir, sin conocimiento objetivo o subjetivo de - la carga es situación correlativa, aunque sólo en cierta medida, a la de aquellas servidumbres que en nuestro Derecho no están inscritas en el Registro de la Propie--dad.

El artículo 36 de la Ley Hipotecaria establece, en tal sentido, que frente a titulares inscritos que sean terceros hipotecarios, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada, o la que pueda consumarse dentro

del año siguiente a su adquisición, en alguno de estos dos supuestos:

- a) Que el adquirente conozca o tenga medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca estaba poseida por un tercero en concepto de titular de una servidumbre.
- b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer en los términos anteriores, el adquirente inscrito consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a su adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer en la forma provenida en el apartado a) o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudica igualmente al titular inscrito, aunque éste puede interrumpirla antes de su consumación total.

- o - o - o -

Un pacto o convenio de trascendencia inmobiliaria es un acuerdo de voluntades, generalmente establecido en escritura solemne, que suele formar parte, con carácter accesorio, de un contrato a cuya finalidad principal sirve o complementa.

Los principios generales en cuanto a la exigibilidad o carácter vinculante de los pactos de trascendencia inmobiliaria son los siguientes:

a) Los pactos o convenios meramente obligacionales o integrantes de precontratos (privity of contract) conciernen únicamente a sus otorgantes, para quienes son siempre vinculantes, obligatoriedad que se circunscribe exclusivamente a su ámbito interpersonal, y ello tanto si el contenido de la obligación creada tiene o carece de trascendencia inmobiliaria. Su exigibilidad puede hacerse efectiva, según los casos, por la doble vía del Derecho común -indemnización de daños y perjuicios (damages)* o de la Equidad -prohibición de ejecutar determinados actos (injunction) u orden judicial de cumplir las obligaciones asumidas (specific performance)-.

b) Los pactos o convenios integrantes de contratos de trascendencia netamente real (privity of estate) afectan no sólo a los otorgantes, sino también a quienes eventualmente traigan causa inmediata de ellos -cesionarios del arrendador, del arrendatario o de ambos, en un arrendamiento real, como ejemplo de gran frecuencia-; obligan, en suma, a titulares primitivos o derivados, tanto en Derecho común como en Equidad.

c) Por último, si el pacto existente no vincula a determinados sujetos ni de modo personal y directo ni a través de

bienes inmuebles en los que sean titulares recíprocos de derechos y obligaciones, resulta, obvio es decirlo, inoperante entre ellos. Tal ocurre, por ejemplo, entre el arrendador y el subarrendatario, y el vendedor y el comprador del comprador. Entre tales sujetos los pactos arrendaticios o traslativos, por mucha que sea su trascendencia inmobiliaria, no surten efectos. Hay, no obstante, dos excepciones a esta regla, la segunda de las cuales reviste considerable importancia -- práctica.

Primeramente, tanto el Derecho común como la Equidad, -- autorizan la transmisión de ciertos pactos beneficiosos (the benefit of certain covenants) unida a la de los inmuebles cuyo contenido económico y jurídico enriquecen. Así, el pacto tácito que, para completar o perfeccionar la transmisión de la titularidad del inmueble, es inherente a toda disposición no perfecta, faculta para su ejercicio a cualquier sucesor -- en el título y contra cualquier transmitente anterior y no só lo contra el último de ellos, es decir, aquel del que el adquirente traiga causa inmediata.

Asimismo, y he aquí la excepción verdaderamente importante, la Equidad permite la transmisión de los pactos restrictivos del uso de inmuebles, de naturaleza negativa (restrictive covenants), tales como la prohibición de edificar. Ello, sin merma de los derechos del adquirente de la pertenencia legal -- que desconozca la existencia de la carga.

El primer principio -letra a)- no precisa mayor desarrollo expositivo. Del segundo y tercero -letras b) y c)- vamos a ocuparnos a continuación.

4.1. Pactos naturalmente inmobiliarios; pactos arrendaticios
 (privity of estate: covenants in leases).

El pacto o convenio inserto en un arrendamiento real es, "prima facie", obligatorio sólo entre arrendador y arrendatario. Ahora bien, la rigidez de este principio se vio mitigada ya en el Derecho inmobiliario medieval ante la consideración de que ambas partes contratantes -arrendador y arrendatario- son titulares de derechos transmisibles a terceros, -derechos cuya transmisibilidad hubiera sido inoperante de no admitirse como posible la subrogación del adquirente en la -posición jurídica del transmitente.

La posición jurídica tanto del adquirente de los derechos del arrendatario como del arrendador (derechos remanentes o "reversión") depende de si el pacto en cuestión "afecta o concierne al inmueble" (touches and concerns the land) o, según terminología más moderna, "hace referencia al objeto del arrendamiento" (it has reference to the subject-matter of the lease), de conformidad con lo expresado en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

Todo pacto, puntualiza la jurisprudencia, (Brems Property Investment Co. Ltd. v. Stroulger, 1948), que afecte al arrendador o al arrendatario en cuanto tales ("qua" landlord or "qua" tenant), concierne a la finca y tiene por tanto --trascendencia inmobiliaria. Los pactos puramente personales, y los que se acogen a la ambigua denominación de colaterales, que son los relativos a aspectos normalmente no relevantes en las relaciones entre arrendador y arrendatario, -carecen de tal trascendencia. Como es habitual en Derecho -

inglés, los ejemplos, en buena parte suministrados por la -- jurisprudencia, pueden contribuir a aclarar nuestras ideas.

Así, con respecto al arrendatario, se han considerado -- pactos de trascendencia inmobiliaria, entre otros, los de pa-- gar la renta, reparar la finca, satisfacer gastos de decora-- ción u ornamentación (Boyer v. Warbey, 1953) y prohibición -- de subarrendar sin consentimiento del arrendador. Por el con-- trario, no se ha atribuido trascendencia inmobiliaria a las obligaciones de pagar una suma anual a un tercero (Mayho v. Buckhurst, 1617), o la de dar empleo o trabajo en un molino a vecinos de otras parroquias (Congleton Corporation v. Pat-- tison, 1808), etc...

En cuanto al arrendador, se han estimado pactos de tras-- cendencia inmobiliaria, la renovación o prórroga del arrenda-- miento (Richardson v. Sydenham, 1703), el suministro de agua al predio arrendado, la prohibición de construir en finca co-- lindante también de su propiedad, etc... A la inversa, se -- han estimado carentes de tal trascendencia, los pactos de -- transmitir a un tercero su derecho remanente (reversión) a -- un precio prefijado (Re Leeds and Batley Breweries Ltd. and -- Bradbury's Lease, 1920), el de pagar al arrendatario una can-- tidad al extinguirse el contrato, a menos que el mismo se re-- neue (Re Hunter's Lease, 1942) y otros varios.

Un supuesto catalogable, en principio, dentro del grupo de los que antes hemos denominado colaterales, es el pacto -- de opción de compra, durante la vigencia del contrato y a -- precio preestablecido. Conciérne a las partes en cuanto ven-- dedor y comprador y no como arrendador y arrendatario, por --

lo que su eficacia es, inicialmente, personal. Ahora bien, si se registra como una carga real vincula al adquirente de los derechos del arrendador (Griffith v. Pelton, 1958; Re Button's Lease, 1964).

Tras examinar qué pactos tienen trascendencia inmobiliaria y cuáles están privados de ella, el siguiente paso consiste en precisar los efectos peculiares de la tan reiterada trascendencia real, distinguiendo, a tal fin, entre cesión efectuada por el arrendatario y la llevada a cabo por el arrendador.

4.1.1. Cesión o traspaso de los derechos del arrendatario

Si el arrendatario cede sus derechos, una antigua regla - de Derecho común, extraída del Caso Spencer en 1583, fija rotundamente la norma de que el cesionario asume tanto el beneficio como la carga dimanantes de los pactos de trascendencia real. Ahora bien, el arrendamiento ha de ser formalmente correcto -lo que equivale a la exclusión de los puramente verbales - (Boyer v. Warbey, 1953; Elliott v. Johnson, 1866), si bien en la actualidad esto es dudoso- y los derechos del arrendatario han de transmitirse en su plenitud de contenido y extensión - temporal (traspaso). Por ello, sólo la cesión total y no el subarriendo, de menor duración que el arrendamiento, transmite los pactos reales; tampoco la cesión de un arrendamiento - equitativo los transmite. La misma limitación traslativa tiene la cesión llevada a efecto por un arrendatario que adquiere - la condición de tal como "usurpador", al amparo de la Ley de Prescripción (Limitation Act) de 1939 (v. 3., parte IV, capítulo III).

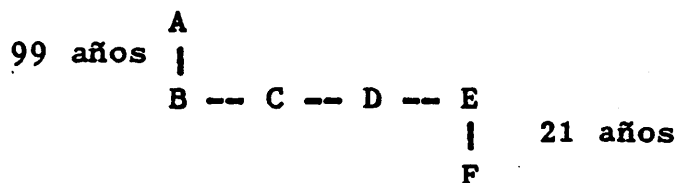
Importa distinguir, a los efectos del traspaso y con referencia a los pactos establecidos antes de 1926, entre los referidos a cosas en acto o existentes (*in esse*) y en potencia o todavía no existentes (*in posse*). En cuanto a los primeros, se aplicaba sin distingos la regla recogida en el párrafo anterior; para las segundas, había de pactarse en el convenio incluido en el arrendamiento que aquél obligaba al arrendatario y a sus cesionarios, pues en caso contrario la virtualidad real se perdía respecto a éstos. Ello ocurría, por ejemplo, cuando la obligación relativa a una valla de cierre del inmueble consistía en construirla y no simplemente en repararla. Esta distinción, en vigor todavía respecto a los arrendamientos constituidos con anterioridad a 1926, ha dejado de tener validez con relación a los creados a partir de esta fecha. Ahora, la eficacia real del pacto no merma porque éste se refiera a cosas potenciales.

Aunque el primitivo arrendatario es responsable por todos los incumplimientos del pacto real durante toda la vigencia del arrendamiento, la responsabilidad de los cesionarios por infracción del mismo excluye la de los actos cometidos antes de la cesión a su favor (*Granada Theatres Ltd. v. Freehold Investment Leytonstone, Ltd.*, 1959) y las efectuadas -- después de extinguida su titularidad por nueva cesión (*Paul v. Nurse*, 1828), pero alcanza a las ocurridas durante su titularidad, aunque la misma hubiese ya cesado al exigirsele la responsabilidad correspondiente (*Harley v. King*, 1835). Así, el primer arrendatario de un arrendamiento muy oneroso por razón de pactos reales incorporados al contrato no puede verse libre de responsabilidad motivada por infracciones futuras

de los mismos, mientras que un cesionario puede escapar a ta les consecuencias cediendo a su vez el derecho (Hopkinson v, Lovering, 1883).

Si se infringe un pacto de trascendencia real, el primer arrendatario y el cesionario titular del derecho en el momento de la infracción son igualmente responsables, y ambos pueden ser demandados por el arrendador sin que, como es lógico, el resarcimiento indemnizatorio pueda duplicarse (Brett v. -- Cumberland, 1619). El principal responsable es quien ostente la condición de cesionario al producirse la infracción, por lo que el arrendatario primitivo demandado y condenado con an terioridad a él puede repetir contra aquél lo pagado (Wolve-- ridge v. Steward, 1833; Moule v. Garrett, 1872). Como complemento, es usual que en cualquier cesión o traspaso el cedente imponga al cesionario la obligación de indemnizarle si se ve precisado a responder por razón de infracciones de pactos de trascendencia real producidas con posterioridad a la cesión. Se refuerzan así las posibilidades del cedente a obtener un resarcimiento si ha de responder por otro. Este pacto usual entre cedente y cesionario ha sido impuesto con carácter gene ral por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 en todo traspaso a título oneroso convenido después de 1925. La importancia de la posible diversidad de sujetos pasivos de la recla-- mación, estriba en evitar la eventual insolvencia del principal obligado o cesionario infractor.

Los efectos de los diversos derechos de indemnización -- cuando se produce una cadena de cesiones pueden ilustrarse de la siguiente manera:



Se arrendó a B un inmueble por un período de 99 años. En virtud de sucesivos trasposos de su derecho arrendaticio, E -- aparece como titular actual del arrendamiento sobre la finca, habiéndola cedido a F en subarriendo por un período de 21 -- años. Si F realiza cualquier acto contrario a un pacto de -- trascendencia real (covenant) contenido en la relación contractual entre A y B, A puede demandar indistintamente a B, por -- razón de obligación personal que este contrato con él (privaty of contract) o a E, como consecuencia de la trascendencia real del pacto (privity of estate). Si A demanda a B, éste -- tiene un derecho implícito a resarcirse dirigiéndose contra E y, alternativamente, si en su cesión a C se convino la responsabilidad de éste en tal supuesto o es de aplicación la Ley -- del Derecho de Propiedad de 1925, puede reclamar que sea C -- quien le indemnice. A su vez C, goza de igual posibilidad alternativa respecto de D y D respecto de E, siempre que en los respectivos trasposos se haya convenido la posibilidad de pedir indemnización en tales supuestos o sea de aplicación la -- indicada Ley de 1925. En la relación entre D y E, ambas posibilidades indemnizatorias no son alternativas ya que E es responsable por un doble concepto: el real, como cesionario actual, y el personal, si D le impuso tal obligación al cederle el arrendamiento. F, por su parte, es sólo responsable frente a E.

4.1.2. Cesión de los derechos remanentes (reversion) del arrendador.

Según la norma establecida por el Derecho común, supuesto que el titular de la pertenencia plena, tras haber constituido un arrendamiento real sobre la misma, transmita sus derechos remanentes sobre el predio, el adquirente sólo puede ejercitar acciones contra el arrendatario en virtud de pacto implícito (implied covenant) del contrato, entendiendo por -- tal el que sea habitualmente inherente a la relación entre -- arrendador y arrendatario, como el de pagar la renta. En los restantes pactos arrendaticios, aun expresos, no había subrogación en favor del adquirente del arrendador, situación que se mantuvo hasta que, como consecuencia de la disolución de -- los Monasterios, y consiguiente desamortización de sus bienes, decretada por Enrique VIII en 1539, se promulgó la Ley de Adquirentes de los Derechos de los Arrendadores (Grantees of Reversions Act) de 1540, en cuya virtud el beneficio y la carga de todos los pactos contenidos en un arrendamiento, concernientes al predio, pasaban al adquirente en unión del derecho remanente transmitido. Esta norma fue objeto de posterior desarrollo y, tras recorrer varias etapas legislativas, ha quedado plasmada en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, siendo su ámbito el de los pactos "referentes al objeto del arrendamiento", de acuerdo con la moderna terminología.

Para que en el Derecho vigente se produzca el efecto subrogatorio se precisa la concurrencia de determinados requisitos. El cesionario queda investido de la misma titularidad -- que el cedente si el arrendamiento está constituido por escribi

to, aunque no sea en escritura solemne e incluso si se trata de un simple precontrato arrendaticio (Rickett v. Green, 1910; Boyer v. Warbey, 1953) firmado exclusivamente por el arrendador (Rye v. Purcell, 1926). A estos efectos se asimilan a los arrendamientos escritos los puramente verbales de duración no superior a tres años y los verbales, cualquiera que sea su duración, que vayan seguidos de actos de suficiente cumplimiento o ejecución (sufficient act of part performance).

Además, los derechos remanentes del arrendador han de cederse, en principio, totalmente para que el cesionario quede subrogado plenamente en la situación jurídica de aquél.

El adquirente de los derechos del arrendador es responsable, en concepto de tal, por infracciones cometidas por él, después de que la cesión sea efectiva, pero no por las que se hubieren cometido por el cedente con anterioridad a dicho acto. A la inversa, el adquirente puede demandar al arrendatario por las infracciones que hubiere cometido antes de la cesión, incluso ejercitando condición resolutoria en virtud de cláusula confiscatoria (forfeiture), salvo que medie condonación (waiver) expresa o tácita de la infracción (Davenport v. Smith, 1921), la última de las cuales no se puede presumir -- por el simple reconocimiento de la existencia del arrendamiento que haga el cesionario, si éste desconocía la infracción -- del arrendatario (Atkin v. Rose, 1923).

Los pactos reales, al cederse los derechos del arrendador, se transmiten por aplicación de la ley y no en virtud de convenio (Arlesford Trading Co. Ltd. v. Servansingh, 1971).

4.2. Pactos accidentalmente inmobiliarios; pactos limitativos del uso (restrictive covenants).

En ocasiones, el dueño de una finca puede estar interesado en crear una obligación, sea positiva o negativa, que vincule al propietario del predio vecino a fin de preservar el valor en venta de su propio inmueble o sus características recreativas. Las obligaciones así creadas tienen trascendencia real si se constituyen como servidumbres de uso (easements) - o como pactos de trascendencia real incorporados a un arrendamiento, pero pierden, en principio, su fuerza vinculante frente a todos si, por estar configuradas como obligaciones puramente personales, el predio al que afectan a través de su dueño, cambia de manos.

Veamos, una vez más, como el admirable sentido práctico de los juristas ingleses, su envidiable capacidad de adaptación a las peculiaridades de cada caso, buscando siempre el cauce más adecuado para dar satisfacción a las necesidades y aspiraciones realmente sentidas, les ha conducido al hallazgo de soluciones que flexibilizan, sin derogarlo, el principio general antes expuesto. Ello ocurrió primero en el ámbito del Derecho común y, después, y con mayor amplitud, en el de la Equidad.

4.2.1. En Derecho común; pactos beneficiosos y onerosos (at - Law; the benefit and the burden of the covenant).

En Derecho común, la regla mantenida a lo largo de varias centurias ha sido la de que los pactos beneficiosos, o más --

exactamente el contenido o parte beneficiosa de los mismos, - con independencia de su carácter positivo o negativo, se transmite al sucesor en el título inmobiliario de aquél en cuyo favor se contrataron (The Prior's Case, 1369; Smith and Snipes Hall Farm Ltd. v. River Douglas Catchment Board, 1949). El -- otorgante del beneficio se responsabiliza, en cuanto al mismo, frente a los sucesores del beneficiario en el título, y ello en virtud del propio pacto y no por su vinculación con predio sirviente alguno (Smith and Snipes..., ver supra), por cuya - razón su responsabilidad se mantiene a pesar de que deje de - ser dueño de una finca que aparentemente tuviera la condición de predio sirviente.

No obstante, la regla general antes formulada precisa, - para su aplicabilidad, que se cumplan determinados requisitos: el pacto ha de hacer referencia a inmueble cuyo dominio ostente el beneficiario al solemnizarse aquél (Rogers v. Hosegood, 1900), dominio que ha de ser precisamente la pertenencia plena (Webb v. Russell, 1789), siendo preciso exteriorizar de alguna manera la intención de que el beneficio acompañe al in--mueble al que concierna (Shayler v. Woolf, 1946) y, por último, que el eventual adquirente del inmueble que pretenda ejercitar el beneficio inherente al precio sea también titular de la pertenencia plena (Smith and Snipes..., ver supra). Este - último requisito, que excluía del grupo de los adquirentes-be- neficiarios a los arrendatarios, ha sido derogado por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

A la inversa, la norma establecida por el Derecho común en cuanto al contenido oneroso de los pactos es la de su in- transmisibilidad (Austerberry v. the Corporation of Oldham,

1855; E: & G. C. Ltd. v. Bate, 1935). El efecto transmisorio, inaccesible de forma directa, puede alcanzarse indirectamente gracias a las cautelas y habilidades de los juristas redactores de los contratos transmisorios. Hay por ello tres principales procedimientos usuales, si bien son soluciones hartamente --
menguadas y excepcionales:

a) Encadenamiento de pactos indemnizatorios. Aunque el adquirente (C) no pueda ser obligado, por ejemplo, a construir y mantener una cerca, frente a un tercero (A), como lo estaba el transmitente (B) en virtud de pacto puramente personal -- con dicho tercero, si es factible que se comprometa (C) a -- cumplir el contenido de la obligación no frente al que impuso la carga (A) sino frente a quien le cede la finca gravada (B), de tal modo que si incumple (C) quede obligado a indemnizarle (B) por razón de los perjuicios ocasionados con motivo de la reclamación que el tercero (A) dirija contra el primer transmitente (B) que se comprometió con el referido tercero (A). Los pactos indemnizatorios pueden encadenarse indefinidamente, si bien el sistema ofrece el grave inconveniente de que, como sólo es posible acción contra aquel con quien se contrató, la desaparición o insolvencia de uno de los eslabones contractuales de la cadena puede causar perjuicios -- irreparables al responsable indirecto que sólo podía dirigirse contra el desaparecido o insolvente. Constituye, por lo tanto, una sustitución imperfecta de la acción real que el Derecho común no permite.

b) Condicionar el beneficio con una carga, o dicho de otro modo, ensamblar un pacto beneficioso con otro oneroso.

Así, la facultad de usar determinados caminos puede ir unida a la carga de contribuir a los gastos de sostenimiento y reparación de los mismos. No se está obligado directamente a - esto último, salvo si se pretende hacer uso o ejercitar el - contenido beneficioso del pacto (Halsall v. Brizell, 1957).

o) Facultad recuperatoria (right of entry) o condición resolutoria. En un contrato inmobiliario solemne, transmisorio de pertenencias, el contenido oneroso del pacto puede hacerse efectivo facultando al beneficiario a recuperar la finca transmitida, resolviendo el contrato en caso de incumplimiento del pacto.

4.2.2. En Equidad. Pactos restrictivos del uso (In Equity: - Restrictive Covenants).

En el histórico caso judicial seguido por Talk v. Moxhay (1848), la norma del Derecho común en cuya virtud los pactos onerosos no se transmiten unidos al inmueble del concedente, con las limitadas excepciones que acabamos de ver, fue radicalmente modificada por la Equidad en cuanto a los pactos de contenido negativo. La doctrina jurisprudencial mantenida en dicha ocasión es la de atribuir a los pactos sustancialmente negativos, cumplidos ciertos requisitos que más adelante veremos, el carácter de cargas o derechos reales equitativos. Por consiguiente, acompañan a los inmuebles a los que concierⁿ nan o tengan por objeto, obligando a los sucesivos adquirentes, excepto al de la pertenencia legal sin conocimiento real o supuesto del pacto, de acuerdo con la peculiar eficacia de los derechos de naturaleza equitativa (v. 4.4., cap.II).

La doctrina embrionaria contenida en la resolución que acabamos de comentar, y que constituye el arranque de la norma tiva en esta materia, experimentó un cambio radical en el sen tido de no basar la obligatoriedad exclusivamente en la doc trina del conocimiento, sino acudiendo a la analogía con las servidumbres de uso negativas (negative easements), como las de luces, apoyarla complementariamente en la relación entre dos pertenencias; dicho en un lenguaje más familiar, el pacto ha de concernir al predio dominante del beneficiario para pro tgerlo del perjuicio que determinado uso de la finca del con cedente, o de sus sucesores en el título, pueda irrogarle. -- (Formby v. Barker, 1903). Ello equivale a que el pacto restric tivo del uso no puede configurarse nunca como un privilegio personal del beneficiario sin relación con finca de su propie dad. Los pactos restrictivos del uso, como consecuencia de es ta evolución, quedan prácticamente asimilados, al existir un predio dominante y otro sirviente, a las servidumbres de uso. En suma, de un salto, el Derecho regulador de los pactos restrictivos pasa de tener su centro de gravedad en el ámbito del Derecho de obligaciones a tenerlo en el de los Derechos reales. La trascendencia práctica de este importante giro normativo puede apreciarse con mayor claridad a través de un ejemplo. -- Supongamos que V. vende una taberna (public-house) a C y éste pacta o se obliga a no construir ningún edificio complementario; si la cuestión se centrara exclusivamente en el conoci miento o desconocimiento de lo pactado por parte de un tercer adquirente, T, éste quedaría obligado si al comprar a C cono ciere la existencia del pacto, pero si también ha de tenerse en cuenta si el pacto beneficia a otro inmueble, T sólo queda ría vinculado si, además de cumplirse el requisito del cono cimiento, el primer vendedor, V, continuase ostentando la ti-

tularidad de un predio vecino para cuyo beneficio se hubiese - establecido el pacto.

Veamos ahora, por separado, el tratamiento jurídico del beneficio y de la carga de los pactos restrictivos del uso teniendo en cuenta que su obligatoriedad nace, actualmente, de los términos amplios en que se ha interpretado la sección 65 de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 (Re Ecclesiastical Commissioners for England's Conveyance, 1936) relativo a la -- transmisibilidad de derechos reales, condiciones, contratos y pactos inmobiliarios en favor de personas no mencionadas en el instrumento jurídico creador de los mismos, pero que, posteriormente, son titulares reales con relación a la finca objeto de lo acordado.

4.2.2.1. El beneficio del pacto (the benefit of the covenant)

Excepción hecha del primer beneficiario en cuyo favor se estableció el pacto, todos sus sucesores en el título, para -- que aquél sea exigible en términos de Equidad, han de cumplir los siguientes requisitos:

1º.- El pacto debe tener por objeto activo el inmueble -- del beneficiario, al igual que en Derecho común (Re Union of London and Smith's Bank Ltd's Conveyance, 1933).

2º.- El actor, supuesto el ejercicio de una acción judicial, ha de ostentar la titularidad del beneficio del pacto. El cumplimiento de este segundo requisito tiene varias posibles manifestaciones que exigen un examen por separado, aunque sea somero.

Primeramente, el actor puede acreditar el cumplimiento de tal requisito demostrando que el beneficio del pacto se le ha transmitido y que ostenta la titularidad de algún derecho real sobre el predio para cuyo beneficio el pacto fue establecido. La transmisión puede hacerse simultáneamente pero no después de la del inmueble objeto de la protección o beneficio del pacto (*Chambery v. Randall*, 1923), admitiéndose la cesión tácita si de las circunstancias concurrentes se desprende claramente la intención trasmisoria (*Renals v. Cowlshaw*, 1878). Si se transmiten por separado partes del inmueble, la cesión del pacto puede hacerse con cada transmisión, pero si se omite en alguna de las transacciones parciales, la omisión no puede ser subsanada posteriormente (*Re Union of London -- and Smith's Bank Ltd's Conveyance*, 1933). En cuanto al derecho real que ha de ostentar sobre el inmueble, el actor no necesita acreditar que le corresponde la titularidad de todo el inmueble (*Formby v. Barker*, 1903) ni, por supuesto, como en Derecho común, que es titular de una pertenencia legal al igual que el transmitente.

Otro procedimiento alternativo para acreditar el cumplimiento de este requisito consiste en probar que el pacto está vinculado al inmueble, en el sentido de que el primer beneficiario no lo estableció exclusivamente para su personal provecho, sino para un mejor uso y disfrute del predio, con independencia de la titularidad del mismo, anexión que ha de quedar claramente establecida en el instrumento contractual (*Drake v. Gray*, 1936) si bien en términos lógicos y coherentes -- con la realidad puesto que puede ocurrir que el pacto no beneficie, en términos reales, a la totalidad de un inmueble por ser éste particularmente extenso y no afectarle en gran medi-

da la limitación pactada, en cuyo caso la anexión es ficticia e inválida, al menos parcialmente (Re Ballard's Conveyance, - 1937). En cuanto a la titularidad de un derecho real sobre un inmueble, que el actor ha de acreditar, vale lo dicho para la primera modalidad de cumplimiento de este requisito.

Finalmente, el requisito puede cumplirse si existe una planificación u ordenanza urbanística privada (building scheme). Si determinado terreno se parcela y vende para la edificación de viviendas, generalmente unifamiliares, con frecuencia se imponen al comprador restricciones encaminadas a salvaguardar el carácter residencial de la zona, prohibiéndose establecer comercios, edificar por encima de determinados volúmenes autorizados, respetar una cierta uniformidad en la apariencia exterior de los edificios, etc... La obligatoriedad general de tales condiciones puede lograrse, respecto a todos los propietarios de la zona, mediante pactos convenientemente establecidos entre el vendedor y los compradores de las parcelas o entre éstos, una vez adquiridas las mismas. El primer procedimiento es, sin duda, el más eficaz, habiendo perfilado la jurisprudencia (Ellinston v. Reacher, 1908), con no poca meticulosidad, las exigencias que el pacto ha de satisfacer para vincular a todos; resumidamente, son la existencia de un vendedor común y, por consiguiente, de un título de adquisición común a todos los propietarios, en el cual conste claramente la obligatoriedad respecto a todos ellos, y que la urbanización o zona queden claramente delimitadas (Baxter v. Four -- Oaks Properties Ltd., 1965; Reid v. Bickerstaff, 1909 y Kelly v. Barrett, 1924). El mismo esquema es aplicable a edificios ya construidos y acondicionados para ser vendidos por pisos o apartamentos independientes, en régimen sensiblemente simi-

lar al nuestro de propiedad horizontal (Torbay Hotel Ltd. v. Jenkins, 1927).

4.2.2.2. La carga del pacto (the burden of the covenant).

El primer otorgante o concedente, salvo pacto en contrario, que es cada vez más frecuente, está personalmente obligado por razón del pacto, incluso después de haber enajenado el predio sirviente (L.C.C. v. Allen, 1914).

En cuanto al adquirente del fundo propiedad del concedente u otorgante del beneficio, únicamente queda obligado por razón del pacto restrictivo del uso si se cumplen estos tres requisitos:

1º.- El pacto ha de ser de naturaleza negativa en su sustancia y no solamente en su apariencia. Si el pacto exige del obligado o concedente del beneficio la realización de gastos para su cumplimiento, no es de naturaleza negativa. Así, en el pacto que constituye la "litis" en la causa "Tulk v. Moxhay", antes citada -mantener una finca en Leicester Square como pertenencia abierta, libre de toda clase de edificios-, es claramente transmisible y vinculante para los adquirentes puesto que, a pesar de estar redactado en forma positiva, únicamente obliga al concedente a no edificar, lo que no implica gastos ni acto positivo alguno. Los pactos restrictivos del uso que más frecuentemente se dan en la práctica son los contrarios a la edificación y al ejercicio de toda clase de actividades industriales, comerciales y profesionales, o a algunas de ellas.

22.- El beneficiario, al tiempo y después de otorgarse - el pacto, ha de ostentar la titularidad de algún fundo a cuya protección esté orientado aquél.

La Equidad, por analogía con lo establecido para las servidumbres de uso de carácter negativo, considera que los pactos restrictivos tienen trascendencia exclusivamente personal entre quienes los conciertan, a menos que exista una relación de predio sirviente a dominante entre los respectivos fundos (London County Council v. Allen, 1914; Formby v. Barker, 1903). Por ello, si el primer beneficiario transmite íntegramente la titularidad de todo el predio dominante, pierde la facultad - de ejercitar el pacto contra el dueño del predio sirviente y sólo tiene, en caso de incumplimiento del pacto, acción personal indemnizatoria contra el concedente. Si la acción real en favor del transmitente se mantuviera a pesar del traspaso de titularidad, quedaría consagrada la existencia de una carga - injustificable e inútil, de acuerdo con la filosofía que impregna las soluciones equitativas (Chambres v. Randall, 1923; Miles v. Easter, 1933). Además, y como segundo elemento de este requisito, el predio cuya titularidad ostente el beneficiario y sus sucesores en el título debe resultar objetivamente favorecido por el pacto, conservando su valor en venta o su carácter recreativo. El requisito resulta incumplido y, en consecuencia, el pacto queda despojado de trascendencia real, si su contenido es puramente subjetivo, sirviendo de amparo a prejuicios más o menos caprichosos del beneficiario.

32.- Por último, ha de ser intención común de las partes que la carga del pacto acompañe al inmueble del concedente, - cualquiera que sea su titular posterior. Esta intención aparece

ce, a veces, expresamente reflejada en el texto de lo acordado. Respecto a los pactos establecidos a partir de la entrada en vigor de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, dicha voluntad se entiende implícita, salvo expresa manifestación en contrario.

Cumplidos tales requisitos la carga del pacto se transmite en Equidad. Ello entraña dos consecuencias de importancia: únicamente son aplicables remedios de carácter equitativo a -- los que, como en todos los derechos de tal naturaleza, son in-- munes los adquirentes a título oneroso y de buena fe, es decir, sin conocimiento objetivo o subjetivo del pacto. En cuanto a -- la primera de ambas peculiaridades señalemos que, a partir de la promulgación de la Ley de Reforma de la Cancillería (Chance^{ry} Amendment Act) de 1858, puede haber condena a indemnizar da ños en sustitución o como adición a los clásicos remedios equi^{ti} tativos: prohibición (injunction) o imposición u orden de se-- guir determinada conducta (specific performance). La segunda -- peculiaridad también ha experimentado el impacto de la legisla^{ci} ón moderna; los pactos restrictivos han de ser registrados -- como cargas en virtud de la Ley de Cargas Inmobiliarias (Land Charges Act) de 1925; la omisión de este requisito los hace -- ineficaces frente al adquirente de la pertenencia legal que -- cumpla como único requisito el de hacerlo a título oneroso.

4.2.2.3. Especialidades en cuanto a la obligatoriedad de los -- pactos restrictivos del uso:

Como complemento de lo ya dicho, el tema de la obligatorie^{da} dad de los pactos restrictivos del uso ofrece tres aspectos -- sustancialmente diferentes que merecen ser considerados por se^{pa} rado.

En lo referente a las acciones judiciales para exigir el cumplimiento del pacto añadamos que, "prima facie", son ejercitables por tiempo indefinido (Mackenzie v. Childers, 1889). No hay plazo expreso y fijo de prescripción extintiva, si bien los Tribunales, en determinados casos, pueden declarar improcedente el ejercicio de la acción. Así, cuando el titular beneficiario del pacto permanece inactivo frente a infracciones del mismo tan prolongadas y en circunstancias tales que una persona razonable tenga motivos para considerar que aquél ya no es de aplicación (Chatsworth Estates Co. v. Fewell, 1931) y, asimismo, si la zona donde estén las fincas afectadas cambia de carácter y deja, por ejemplo, de ser residencial para convertirse en comercial (Westripp v. Baldock, 1939).

Para contrarrestar la facultad de declarar extinguidos los pactos restrictivos que, según acabamos de ver, asiste a los Tribunales, también es posible acudir a ellos en demanda de una expresa declaración sobre la obligatoriedad o no obligatoriedad de determinado pacto y, supuesto lo primero, de su extensión o naturaleza. Suele acudirse a este recurso, previsto en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, en supuestos de venta o arrendamiento inmobiliarios. Esta facultad atribuida a los Tribunales no les permite, sin embargo, modificar o revocar el gravamen.

Tan singularísima facultad de modificación o revocación (discharge or modification) de los pactos restrictivos del dominio está conferida a los Tribunales inmobiliarios creados en virtud de la Ley de igual nombre (Lands Tribunal Act) en 1949 y puede acordarse, con o sin pago de compensación monetaria, en alguno de estos supuestos: desuso (obsolete), obstácu

lo injustificado (obstructive), convenio (agreement) expreso o tácito e inexistencia de perjuicio (no injury) para los beneficiarios del pacto. En idéntica línea atributiva de facultades discrecionales a los Tribunales, en este caso los de -- Condado, se encuadra la disposición de la Ley de Viviendas -- (Housing Act) de 1957 que autoriza a transformar una sola casa en varios apartamentos, si las circunstancias lo justifican, aun contraviniendo un pacto restrictivo del uso de aquélla (Josephine Trust Ltd. v. Champagne, 1963).

4.2.2.4. Pactos restrictivos del uso y planificación territorial.

En los últimos años, el gran desarrollo experimentado -- por la planificación territorial y, en particular, por la urbana, han mermado notablemente la importancia práctica de los pactos restrictivos del uso, si bien no los han reemplazado por entero. Además de que los pactos restrictivos pueden tener -- por objeto materias o aspectos que no son objeto de regulación por la legislación planificadora, proporcionan a sus titulares un medio de control más directo y personal que el -- ofrecido por aquélla. De todas maneras, el sistema de los -- pactos restrictivos del dominio es arduo y poco aconsejable social e incluso individualmente considerado, ya que puede -- originar gastos, problemas y graves e innecesarias incertidumbres. La planificación y control públicos del territorio son más claros, económicos y ventajosos para la comunidad.

5. RENTAS CENSALES (rentcharges).

- o - o - o -

En Derecho inglés, cualquier pago periódico que - haya de realizarse en virtud de relaciones jurídicas cu yo objeto sea un inmueble, tiene naturaleza arrendaticia (rentservice) o no arrendaticia (rentcharge).

Para que la renta merezca el calificativo de arrendaticia es preciso que exista, en favor del arrendador o de sus causahabientes, un derecho remanente (rever--sion) que permita recuperar la plena titularidad del --inmueble, es decir, la pertenencia plena y absoluta en posesión. La voz inglesa "rentservice", con que se la -denomina, hace referencia a sus modalidades arcaicas(es pecie, trabajo) que más tarde se convirtieron en pagos monetarios fijos.

Si la renta no cumple función arrendaticia alguna, nos encontramos en el supuesto de la renta-gravamen, o renta censal, que los juristas ingleses definen muy po-bremente, en forma negativa, diciendo que es toda renta real inmobiliaria distinta de la debida por el arrendatario al arrendador o titular del derecho de reversión. Y para mayor precisar, lo que constituye necesidad inex cusable, pasan enseguida a enumerar sus clases, ilustrando su exposición con los correspondientes ejemplos.

Nos encontramos ante el supuesto típico de la renta censal cuando se cede la pertenencia plena de un in-

mueble comprometiéndose el adquirente a pagar al transm^ute, perpetuamente, una suma anual de dinero, en lugar de un precio alzado o por una vez. Tal percepción periódica se constituye como un derecho real sobre el inmueble, que faculta al transmitente para llevar a cabo un eventual embargo y ejecución privados (distress) a fin de obtener el resarcimiento de los posibles atrasos en el pago de la pensión.

Otra modalidad de renta censal es aquélla que permite que el titular de la pertenencia plena, reteniendo su derecho sobre el inmueble en cuestión, lo grave con una renta pagadera a otra persona, a cambio de un capital en metálico que perciba de ella.

También es posible que el arrendador o titular de un derecho remanente inmobiliario, que tenga aneja la facultad de percibir una renta arrendaticia, disgregue ambas facultades reservándose el derecho remanente y otorgando a un tercero la facultad de percibir la renta, o viceversa.

Su condición de inmuebles por analogía, estudiada en otro lugar (v. 5., cap. I), y la inexistencia de la facultad posesoria en el titular del derecho, pero si en el obligado al pago, son dos de sus características, recogidas por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, que ha añadido el requisito de que el derecho sobre el que se constituya la renta sea pertenencia plena o arrendamiento real de índole legal. También a partir de la promulgación de esta Ley se ha hecho posible que una renta censal pueda imponerse sobre otra renta de igual índole.

Haciendo abstracción de la singularísima facultad - ejecutoria que asiste en el Derecho inglés al titular de la renta censal en sus diversos tipos, así como de otras peculiaridades de su régimen jurídico, es indudable la - semejanza estructural existente entre ellas y las varias modalidades de censos reconocidas por nuestro Código civil.

Respetando el orden antes seguido en su enumeración, el tipo que nos ha servido de ejemplo para ilustrar el - concepto de renta censal se asemeja notablemente al censo reservativo que, según el artículo 1607 del C.c. existe "cuando una persona cede a otra el pleno dominio de - un inmueble, reservándose el derecho a percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que deba pagar el censatario".

La similitud entre la segunda modalidad de renta - censal y el censo consignativo es también patente, como lo acredita la simple enunciación del concepto legal de este último. "Es consignativo el censo -dice el artículo 1606 del C.c.- cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censualista por el capital que de éste recibe en dinero".

Entre la última de las modalidades de renta censal antes consignadas y el censo enfitéutico difícilmente - puede establecerse un paralelismo. Este, a la institución jurídico-real inglesa que, en cierto modo, más se asemeja es al arrendamiento real de larga duración, que

entraña una verdadera división del dominio como ocurre - en la enfiteusis, a diferencia de lo que sucede en nuestro arrendamiento de inmuebles, a pesar del reforzamiento de la eficacia real que han experimentado sus variedades más usuales, debido a necesidades prácticas que han contradicho el perfil jurídico de la institución arrendaticia, de naturaleza claramente obligacional, según ya - tenemos visto. Hay, sin embargo, una característica que, siendo común a todas las variedades de censo admitidas - por el Ordenamiento jurídico español, imposibilita cualquier intento de asimilación efectiva, que traspase el - marco de la simple apariencia, entre el censo enfitéutico y el arrendamiento real. Nuestros censos son siempre perpetuos o por tiempo indefinido, aunque redimibles a voluntad del censatario (art. 1608), mientras que para - los arrendamientos reales es esencial la certeza del período (v. 1.2., parte III, cap. III); no hay limitación temporal a la duración pactada de los arrendamientos reales pero, a partir del 1 de enero de 1926, fueron abolidos los llamados arrendamientos reales renovables perpetuamente, que podían prorrogarse indefinidamente a voluntad del arrendatario. Mayor es el paralelismo jurídico - entre el censo enfitéutico de nuestro Código civil y los residuos llegados hasta nuestros días de las medievales tenencias, concretamente, la llamada cesión feudal o "socage" (v. 3.1.3 y 6.1.1, cap. II).

La tercera modalidad de renta censal viene a ser - una subdivisión de las facultades dominicales del arrendador o titular del derecho remanente, al atribuir a dis

tintos sujetos la facultad de percibir la renta y la de recuperar la plenitud dominical sobre el inmueble.

Los caracteres comunes a todos los censos, además del ya mencionado de su perpetuidad, son derecho real limitativo del dominio (art. 1623), derecho inmobiliario (art. 1604), transmisibilidad a título oneroso y lucrativo, "inter vivos" o "mortis causa", tanto de las fincas gravadas como del derecho a percibir la renta o pensión (art. 1617), indivisibilidad, lo que impide su constitución sobre dos o más fincas, a no ser que se individualice la parte de gravamen que pesa sobre cada una, y prohibe la división de la finca gravada sin el consentimiento del censualista (art. 1618) y, por último, es un derecho prescriptible, toda vez que el artículo 1620 proclama la prescriptibilidad del capital y de las pensiones (v. CASTAN y MARIN, op. cit.; pág. 208).

En líneas generales, estas notas son asimismo predicables de las rentas censales si bien con alguna impor-- tante matización. En efecto, estas últimas pueden constituirse a perpetuidad, pero también a plazo cierto, cual ocurre con las de origen legal, a las que enseguida alu-- diremos, en cuyo caso la comparación gira o se balancea hacia los préstamos hipotecarios.

Las rentas censales pueden ser de origen legal o previsto en la ley, pero que han de contratarse para su -- creación efectiva (modalidad crediticia para mejora de -- fincas, controlada estrictamente por la Administración),

voluntario y testamentario. La eficacia legal de las segundas únicamente se alcanza si el acuerdo se solemniza en escritura. Si se pacta en documento privado nace tan sólo una renta censal de naturaleza equitativa.

Nuestros censos pueden constituirse por voluntad de los particulares, manifestada en negocio jurídico, inter vivos (caso el más frecuente) o mortis causa. Pueden -- también constituirse por usucapión, lo que no es posible en Derecho inglés y, ocasionalmente, su origen pudo ser legal, en el sentido antes visto para el Derecho inglés (censos reservativos previstos en la Ley de Colonización Interior de 20-8-1907). Sólo con respecto al censo enfiteúutico establece el Código expresamente (art. 1628) la necesidad de otorgar escritura pública como forma "ad solemnitatem". Con relación a los otros censos, la exigencia de forma resulta del régimen general de los artículos 1278 a 1280 del Código civil: la constitución en documento privado no es obstáculo para la validez de lo convenido, pero las partes pueden compelerse mutuamente a elevar su acuerdo a escritura pública. Ciertamente, la menor eficacia de los censos amparados por un documento privado y eficaces sólo entre las partes contratantes y sus causahabientes (art. 1225 del C.c.), su inaccesibilidad al Registro de la Propiedad, y consiguiente imposibilidad frente al tercero hipotecario de la Ley de igual nombre, atribuyen a esta clase de censos un "status" jurídico parejo al de las rentas censales equitativas del Derecho inglés.

Las rentas censales pueden hacerse efectivas a través de los siguientes procedimientos: acción personal reclamatoria del pago; embargo y ejecución privados (distress) de muebles existentes en la finca, al igual que las rentas arrendaticias; recobro de la posesión y administración de la finca para hacerse pago de la renta y arrendamiento del predio en favor de un fiduciario para que obtenga la renta y se la entregue al censualista. Finalmente, la renta censal constituida sobre otra renta censal, sólo es defendible mediante la acción personal reclamatoria del pago y el nombramiento de un depositario de la renta objeto del derecho para que éste haga pago de la parte de la misma que corresponda al censualista.

Los censos producen acción real sobre la finca gravada, dice el artículo 1623 del C.c. Además de la acción real -continúa este precepto-, podrá el censualista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses, cuando hubiere lugar a ello.

La acción real de que habla este artículo es, como nos recuerda PUIG BRUTAU (Fundamentos, III, 3º, págs. 521 y 522), la manifestación directa del derecho real del censo. Es una acción dirigida a obtener el pago a base del valor de una cosa, con independencia de quien sea su propietario. La finca puede ser vendida para pagar las pensiones vencidas y no satisfechas, pero nunca para obtener el reembolso o rescate del capital del censo. La acción personal puede dirigirse contra quien haya sido -

propietario de la finca gravada durante el tiempo en que se devengaren las pensiones no pagadas. Si bien la acción real puede ejercitarse para reclamar pensiones atrasadas aunque haya cambiado el censatario, la acción personal - sólo podrá dirigirse contra el censatario actual en cuanto a las pensiones vencidas a su cargo y contra los censatarios anteriores en cuanto a las vencidas en el tiempo en que, respectivamente, poseyeron la finca acensuada; el censatario actual que paga pensiones atrasadas podrá repetir contra el censatario actual que debió abonarlas a su tiempo (v. SANTAMARIA, Comentarios al Código Civil, Madrid, 1958, tomo II, pág. 664).

El juego de medidas defensivas del Derecho inglés - es más variopinto que el español, y aunque su eficacia - real puede llegar a ser grande, nunca puede entrañar, para el dueño de la finca gravada, la pérdida definitiva - de su titularidad, riesgo que sí amenaza en Derecho español al censatario que incumple. En resumen, caracterízase el Ordenamiento inglés por la diversidad de sus remedios y la moderación de sus efectos, mientras que entre nosotros predomina -radicalismo hispánico- la escasez de los instrumentos jurídicos defensivos y el rigor de sus efectos.

La condonación o liberación de la renta, otorgada - por el censualista, total o parcialmente, la confusión - de derechos no automática, sino a voluntad del titular - de ellos, la prescripción extintiva y la redención de la carga, sólo admitida a partir de la promulgación de la -

Ley del Derecho de Propiedad de 1925, son las causas de extinción de las rentas censales, de cuyo estudio se ocupan los autores ingleses.

Por su parte, los nuestros prestan atención preferente a la redención, a la prescripción extintiva, a la pérdida o destrucción de la finca y a la expropiación, siguiendo así la pauta que les marca el Código civil.

Estas diferencias no significan que en Inglaterra - la expropiación o la pérdida de la cosa no sean causas - de extinción ni que la condonación o la confusión de derechos sean inoperantes entre nosotros, aunque sí ponen de relieve un importante matiz diferenciador entre ambas figuras jurídicas: la mayor energía real de los censos - que de las rentas censales.

La redención es, en Derecho español, el más natural de los modos de extinción de los censos, como lo reconoce el artículo 1608 que contrapone su perpetuidad a su redimibilidad. El largo preaviso de un año, dispuesto por el artículo 1609 del Código civil, se reduce a un mes en la Ley inglesa del Derecho de Propiedad de 1925. Al amparo del régimen jurídico español en la materia, el capital - del censo, para los nacidos después de la entrada en vigor del Código civil, ha de fijarse al constituirse la carga, con lo que se obvia este problema a la hora de la redención. En Inglaterra, el sistema es diferente ya que el capital en metálico, que ha de entregarse para llevar a cabo la redención, se determina, administrativamente, por la Secretaría del Estado para el Medio Ambiente.

5.1. Concepto, naturaleza y modalidades

Todos los pagos periódicos realizados en virtud de relaciones jurídicas cuyo objeto sea un inmueble, son de naturaleza arrendaticia (rentservice) o no arrendaticia (rentcharge). Las primeras han sido objeto de estudio precedentemente, al ocuparnos con detenimiento de los arrendamientos reales (parte III, núm. 1, de este capítulo). La renta consiste, en tales contratos, en una prestación periódica del arrendatario en favor del arrendador, realizada en trabajo, especie -modalidades arcaicas- o dinero. Para que la renta merezca el calificativo de arrendaticia es preciso que exista en favor del arrendador o de sus causahabientes un derecho remanente (reversion) para recuperar la plena titularidad del inmueble, -la pertenencia plena y absoluta en posesión. La voz inglesa "rentservice", con que se denomina la renta real arrendaticia, hace referencia a las múltiples formas adoptadas por -- los servicios que, en un principio y en concepto de renta, -- habían de satisfacer los renteros y que más tarde se convirtieron en pagos monetarios fijos.

Por el contrario, cuando la renta no cumple función -- arrendaticia alguna, remuneratoria del disfrute temporal -- del inmueble por el arrendatario, nos encontramos en el supuesto de la renta-gravamen o renta censal (rentcharge) cuya definición los juristas ingleses (tan poco entusiastas - de esta clase de ejercicios intelectuales) se limitan a expresar en términos negativos. Así, se dice de ella que es -- toda renta real inmobiliaria -- que, por consiguiente, grava una finca -- distinta de la debida por el arrendatario al -- arrendador o titular del derecho de reversión. Y para dotar

de contenido a expresión conceptual tan poco enjundiosa se -
acude, como es habitual, al ejemplo más significativo. Nos -
encontramos ante el supuesto típico de la renta censal si A,
al vender la pertenencia plena de un inmueble a B, conviene
con él en el pago a perpetuidad de una suma anual de dinero
(generalmente llamada "fee farm rent or chief rent"), en lu-
gar de un precio alzado, constituyendo tal percepción perió-
dica un derecho real sobre el inmueble vendido que faculta a
su titular, A, para llevar a cabo un eventual embargo y eje-
cución privados (distress), a fin de obtener el resarcimien-
to de los posibles atrasos que se produzcan en su pago.

Inicialmente, la ejecución y el embargo privados para la
efectividad de los atrasos, no era facultad del titular del
derecho, en cuyo caso su percepción se denominaba "rentseck"
o "renta amarga" (dry rent) por la limitación de facultades
que entrañaba para el censualista; no obstante, se fue intro-
duciendo como práctica usual la inclusión en el contrato del
pacto de embargo, lo que motivó la actual denominación de es-
te derecho (rentcharge) ya que el inmueble gravado con el pa-
go de la renta quedaba sujeto, si aquélla no se satisfacía,
a la carga de un posible secuestro y ejecución privada. La -
Ley del Derecho de Propiedad de 1925, culminando anteriores
precedentes legislativos, ha consagrado dicha facultad del -
titular de la renta como elemento natural de esta figura ju-
rídica.

La modalidad contractual que nos ha servido de ejemplo
para ilustrar el concepto de las rentas censales no es la -
única que puede dar lugar a su constitución. Además de ella,
puede pactarse que el titular de la pertenencia plena, rete-

niendo su derecho sobre el inmueble en cuestión, lo grave con una renta pagadera a otra persona, a cambio, por ejemplo, de un capital en metálico que perciba de ella. También es posible que el titular de un derecho remanente inmobiliario, que tenga aneja la facultad de percibir una renta arrendaticia, - disgregue ambas facultades reservándose el derecho remanente y otorgando a un tercero la facultad de percibir la renta, o viceversa.

Las rentas censales, en sus diversas especies, son derechos reales que a su vez tienen la condición de inmuebles por analogía. En cuanto derechos no llevan aneja, en favor de su titular, la facultad de posesión inmediata de la finca. Podían recaer sobre cualquier modalidad de pertenencia o de derecho real existentes tanto en Derecho común como en Equidad (Chaplin v. Chaplin, 1733; Re Fraser, 1904) hasta que la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 impuso para las rentas censales de carácter legal el doble requisito de que el inmueble en - función del cual se establece el pago sea poseído actualmente por el obligado y que el derecho sobre el que se constituya la renta sea pertenencia plena o arrendamiento real de indole legal. Además, para su creación, han de satisfacerse las formalidades legales precisas, a las que nos referiremos más adelante.

Hasta la promulgación de la tantas veces citada Ley del Derecho de Propiedad de 1925, una renta censal no podía imponerse sobre otra renta de igual índole; la abolición de esta limitación, junto a la imposibilidad de que la renta de una - renta sea objeto de embargo y ejecución privados sobre la finca gravada, ha obligado a introducir la solución de facultar

al titular de la segunda renta a nombrar un depositario o administrador de la primera (receiver) con el fin de poder percibir la parte correspondiente a su derecho.

5.2. Constitución

Su origen puede ser legal, contractual o por actos "inter vivos", y testamentario.

5.2.1. Origen legal

Con arreglo a normas diversas, según se trate de un dominio pleno o de un dominio limitado de algún modo, es posible realizar mejoras inmobiliarias, satisfaciendo su importe e intereses correspondientes mediante el pago de una renta censal durante un determinado número de años. Se trata, en suma, de un sistema de crédito con garantía real contratado con -- compañías privadas, pero bajo estricto control administrativo.

El sistema nació con la Ley de Mejora de Fincas (Improvement of Land Act) de 1864 y ha sido parcialmente modificado y completado por la Ley de Propiedad Vinculada (Settled Land Act) de 1925.

Los préstamos sólo pueden obtenerse para realizar alguna de las mejoras previstas en la ley y previa autorización administrativa de la Secretaría de Estado para el Medio Ambiente (Secretary of State for the Environment), que ha de cerciorarse de que la mejora ha de ser superior al valor de la renta censal prevista para su pago, siendo también de su --

competencia la fijación del importe del préstamo, el tipo de interés y el plazo de amortización, que no puede exceder de 40 años. Efectuada la mejora, una orden administrativa constituye la renta censal, confiriéndole preferencia, con algunas excepciones, sobre todas las cargas presentes y futuras que gravan la finca mejorada. A partir de la promulgación de la indicada Ley de 1925, los titulares vitalicios de la pertenencia pueden gravar la propiedad vinculada con las rentas censales constituidas para amortizar las mejoras realizadas.

5.2.2. Actos "inter vivos"

En Derecho común su constitución por acto "inter vivos" ha de hacerse en escritura solemne (Hewlins v. Shippam, 1826). Ahora bien, si el acuerdo se solemniza en documento privado, en aplicación de la doctrina "Walsh v. Lonsdale" (v. 1.3., - parte III, de este mismo capítulo), queda constituida una -- renta censal de naturaleza equitativa.

De conformidad con las reformas introducidas por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, en cuanto al papel de las palabras constitutivas o fórmulas solemnes en la determinación del contenido de los derechos reales (núm. 4, parte I, de este capítulo), todo otorgamiento de renta censal produce el nacimiento de ésta con carácter perpetuo o de duración máxima, según la naturaleza del derecho del constituyente, aun cuando no se utilicen los términos técnicos tradicionalmente usados para su constitución. Excepción a esta regla la constituye la voluntad contraria manifestada por las partes, a la cual hay que atenerse en todo caso.

La modalidad de renta censal que se constituye con más frecuencia es la equivalente al censo reservativo, quedando establecida con carácter de perpetuidad la obligación de satisfacer la renta. Determinados pactos, como el de construir y conservar edificios a cargo del comprador y censatario, le vinculan a él pero no a sus sucesores en el título, es decir, son meramente personales, sin trascendencia real (Haywood v. Brunswick Building Soc., 1881).

5.2.3. Testamento

Una renta censal puede crearse válidamente por testamento siempre que la voluntad constitutiva del testador aparezca claramente manifestada. La naturaleza del derecho creado de tal manera es equitativa hasta que los administradores-ejecutores de la herencia (personal representatives) den su aprobación a la constitución del derecho. Si el testamento se limita a transmitir la renta censal, no se precisa fórmula solemne ritual, pero si crea la renta censal y no se emplean los términos técnicos apropiados, se entiende que sólo se crea un derecho vitalicio (Nichols v. Hawkes, 1853; Grant v. Edmondson, 1930).

5.3. Aseguramiento de pago

Se ha de partir de la distinción entre rentas censales que recaen directamente sobre fincas y rentas constituidas sobre otras rentas censales.

5.3.1. Rentas censales que gravan directamente los predios

Estas pueden hacerse efectivas por su titular a través - de cuatro procedimientos distintos. El primero de ellos, la - acción reclamatoria del pago (action for the money) tiene su origen en el Derecho común, mientras que las restantes son he - chura de normas legales posteriores, que vinieron a consagrar prácticas jurídicas introducidas contractualmente.

a) La acción reclamatoria del pago (action for the money or action of debt) es de carácter personal, estando legitima - do pasivamente en cuanto a su ejercicio el censualista, aun - cuando no fuera él quien constituyera la renta (Thomas v. Syl - vester, 1873) y a pesar de que su importe supere la rentabili - dad del inmueble (Pertwee v. Townsend, 1896). Si la finca se divide con posterioridad a la constitución de la carga, cada uno de los titulares de las pertenencias plenas sobre cada - una de las partes es responsable del pago total de la renta (Christie v. Barker, 1884). En suma, la legitimación activa y la pasiva en cuanto a la exigibilidad del pago son inherentes, respectivamente, a la titularidad de la renta censal y a la - de la pertenencia legal de la finca gravada y, por consiguien - te, se transmiten junto con ellas.

b) La facultad de embargo y ejecución privados (distress) se rige, en cuanto a su ejercicio, por lo pactado. A falta de pacto expreso, y siempre que la renta censal esté constituí - da después de 1882, fecha en que comenzó a regir la Ley de - Contratación Inmobiliaria (the Conveyancing Act) promulgada el año anterior, el censualista, cuando el retraso en el pa - go es superior a 21 días, puede entrar en el inmueble grava -

do y embargar bienes allí existentes, disponiendo de ellos - para su pago. La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 ha ratificado la vigencia de este procedimiento para garantizar - los derechos del censalista.

c) La Ley que acabamos de citar dispone que si el pago de una renta censal está atrasado por plazo superior a cuarenta días, el censalista, aunque no haya ejercitado demanda alguna para el pago, puede recuperar la posesión y administración de la finca (entry upon the land charged) por sí mismo, manteniéndola en su poder hasta hacerse pago de todas las cantidades que legitimamente se la adeuden por razón de las rentas no satisfechas.

d) El arrendamiento del predio en favor de un fiduciario (lease to trustee) es la última posibilidad de defensa de sus derechos que se le ofrece al censalista cuando la demora en el pago de la renta sobrepasa los cuarenta días. La finalidad de tal arrendamiento -que se pacta en escritura solemne entre el censalista y el arrendatario-fiduciario- es la de que éste proceda a tomar las medidas que considere razonables para obtener el dinero necesario para el pago, pudiendo, incluso, constituir hipoteca a tal fin.

Los tres remedios expuestos últimamente pueden ser modificados o excluidos en virtud de pacto.

5.3.2. Rentas que gravan otras rentas censales

Finalmente, cuando la renta censal se constituye sobre

otra renta censal, en lugar de gravar directamente el predio, el censualista, además de la acción reclamatoria del pago, - no tiene otra defensa, cuando la morosidad se prolonga más - de 21 días, que nombrar un depositario (receiver) de la renta objeto del derecho para que éste le haga pago de la parte de la misma que le corresponda. Las funciones del depositario son análogas a las del que puede designar el acreedor hipotecario, a las que hemos de referirnos en su lugar oportuno.

5.4. Extinción

Puede producirse en virtud de las siguientes causas:

5.4.1. Condonación o liberación (release)

El titular de la renta censal o censualista puede, en - virtud de escritura solemne, liberar la finca de la carga de la renta, bien totalmente bien respecto de una o varias partes en las que eventualmente resulte dividido el fundo. Una condonación o liberación parcial puede también adoptar la -- forma de una disminución de la renta que subsiste, no obstante, sobre la totalidad del predio. Una condonación informal tiene validez en Equidad.

La liberación de parte de la finca resultante de su división material, dejando subsistente la carga sobre la otra u otras partes, implica que el comprador, anterior a la liberación, de la parte no liberada es responsable de la totalidad de la renta si comparece y manifiesta su consentimiento

en el documento liberatorio, pero responde sólo por la parte alícuota de renta correspondiente, en caso contrario (Booth - v. Smith, 1884).

5.4.2. Confusión de derechos (merger)

En Derecho común, si la titularidad de una renta censal recaía en quien ostentaba simultáneamente la plenitud de derechos sobre la finca gravada, se producía automáticamente, y con independencia de la voluntad de las partes interesadas, la extinción de la renta por confusión de derechos (Capital - and Counties Bank Ltd. v. Rhodes, 1903; Re Radcliffe, 1892).

El rigor de este precepto ha sido desterrado por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, la cual, acogiendo una solución de Equidad, ha establecido que la confusión de derechos depende de la voluntad de las partes ("Ingle v. Vaughan Jenkins, 1900). En Equidad incluso -y ya también en Derecho común por asimilación de normas-, aunque la intención contraria a la confusión no pueda acreditarse, la confusión de derechos no se consume si el titular en quien se produce tiene interés en evitarla (Re Fletcher, 1917).

Un supuesto de interés en evitar la confusión es el de - que, al estar hipotecada la finca gravada con la renta censal, el censalista que adquiere el dominio de la misma se beneficie de la posibilidad de seguir percibiendo la renta ante la eventualidad de que la carga hipotecaria pueda privarle de su titularidad dominical sobre el predio.

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

CAPITULO III

RECHOS REALES INMOBILIARIOS: MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO

PARTE IV

EL TRAFICO JURIDICO DE LAS PERTENENCIAS

Y DEMAS DERECHOS INMOBILIARIOS

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

MADRID, 1977

S U M A R I O P A R T I C U L A R

Capítulo III

Pág.

DERECHOS REALES INMOBILIARIOS:
MODALIDADES Y REGIMEN JURIDICO.

PARTE IV

EL TRAFICO JURIDICO DE LAS PERTENENCIAS Y DEMAS DERECHOS INMOBILIARIOS	664
1. TRANSMISION "INTER VIVOS" DE LOS DERECHOS INMOBILIARIOS.	665
≠ COMENTARIO	665
TRATADO	682
1.1. Precontratos inmobiliarios (contracts).	682
1.1.1. La existencia del precontrato.	682
1.1.2. La exigibilidad del precontrato.	683
1.1.2.1. Constancia escrita.	683
1.1.2.2. Actos idóneos del precontrato: requisitos y peculiar eficacia probatoria.	687
1.1.2.3. Casos en que no se exige ni constancia escrita ni actos de cumplimiento.	691
1.1.3. Efectos del precontrato inmobiliario.	691
1.1.4. Su desarrollo práctico: supuestos, modalidades y pactos usuales.	693
1.2. Contratación inmobiliaria (conveyancing).	695
1.2.1. Investigación del título.	697
1.2.2. El contrato inmobiliario (the conveyance).	703
1.2.2.1. La escritura solemne como forma necesaria (necessity for a deed).	703
1.2.2.2. Concepto, naturaleza y modalidades de escritura solemne.	704
1.2.2.3. Forma de una escritura solemne de compra.	707

2. TRANSMISION "MORTIS CAUSA" DE LOS DERECHOS INMOBILIARIOS.	712
* COMENTARIO	712
TRATADO	720
2.1. Los administradores-ejecutores de la herencia (personal representatives); concepto, clases y nombramiento.	721
2.2. Facultades de los administradores-ejecutores de la herencia.	726
3. PRESCRIPCION EXTINTIVA DE LOS DERECHOS INMOBILIARIOS (limitation).	730
* COMENTARIO	730
TRATADO	743
3.1. Plazos de prescripción.	749
3.2. El cómputo del plazo.	750
3.2.1. Derechos presentes (present interests).	753
3.2.2. Derechos futuros (future interests).	754
3.2.3. Propiedad vinculada y en fideicomiso (sett- led land and land held on trust).	755
3.2.4. Arrendamientos reales (leases).	757
3.2.5. Rentas censales (rentcharges).	758
3.2.6. Acciones equitativas (the doctrine of laches).	759
3.3. Ampliación, suspensión e interrupción del plazo (postponement and suspension of the period and starting time running afresh).	760
3.4. Efectos de la prescripción extintiva (the effect of the lapse of time).	762
3.4.1. Título sobre la finca (title to land)	763
3.4.2. Frutos atrasados (arrears of income).	765
4. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL.	767
* COMENTARIO	767
TRATADO	787

4.1. Registro de Cargas Inmobiliarias (Registration of Incumbrances).	789
4.1.1. El Registro Central de Cargas Inmobiliarias (the Central Land Charges Register).	789
4.1.1.1. Derechos registrables.	789
4.1.1.2. Efectos de la inscripción registral y de su omisión.	798
4.1.1.3. Consulta del Registro y sus efectos; preavisos (searches and priority notices).	302
4.1.2. Registros de Cargas Locales Inmobiliarias (Local Land Charges Registers).	805
4.1.3. Registros de Compañías Mercantiles (Companies Registers).	806
4.2. Registro de Títulos (Registration of title).	807
4.2.1. Derechos susceptibles de inscripción (registered interests).	809
4.2.2. Inscripción obligatoria y voluntaria (compulsory and voluntary registration).	810
4.2.3. Clases de títulos inscribibles y su mejora (conversion).	812
4.2.4. Solicitud de inmatriculación y oposición cautelar a la misma (application for first registration and caution).	813
4.2.5. Prescripción extintiva y adquisitiva (limitation and prescription).	815
4.2.6. Consulta del Registro y sus efectos; mecanismo transmisorio de derechos.	815
4.2.7. Derechos dominantes (overriding interests).	818
4.2.8. Derechos menores o susceptibles de anotación (minor interests).	822
4.2.9. Rectificación registral e indemnización (rectification and indemnity).	826

- - - - -

Parte IV

EL TRAFICO JURIDICO DE LAS PERTENENCIAS Y DEMÁS DERECHOS INMOBILIARIOS

La temática que hemos desarrollado a lo largo del presente capítulo constituye el Derecho Inmobiliario en su aspecto estático. Nuestra atención ha estado centrada en las pertenencias y derechos reales, tanto legales como equitativos, existentes sobre bienes inmuebles, exponiendo su concepto y naturaleza jurídica, las causas determinantes de su creación y extinción y las facultades que integran su contenido.

Procede iniciar ahora el examen de la faceta dinámica de tales derechos, es decir, de los sistemas o procedimientos a través de los cuales aquéllos nacen, se transmiten y extinguen, y del instrumento que permite dar publicidad a la institución registral- a las diversas fases de su existencia y de su titularidad.

La doctrina inglesa, con gran amplitud de criterio, acoge, bajo la rúbrica general que sirve de título a esta parte, tanto las transmisiones inmobiliarias "inter vivos" como las "mortis causa" y, en ambos grupos, no sólo las voluntarias sino también las de origen legal. De acuerdo con su peculiar sistemática jurídica, que, al menos en lo esencial, parece lógico respetar, a pesar de que contrasta profundamente con la nuestra, ya que lo que pretendemos es conocer el Derecho inglés tal como es y como se estudia, vamos a desarrollar en los siguientes epígrafes la rúbrica que encabeza esta cuarta parte del presente capítulo.

1. TRANSMISION "INTER VIVOS" DE LOS DERECHOS INMOBILIARIOS

- o - o - o -

La contratación inmobiliaria tiene, en Derecho inglés, dos etapas netamente diferenciadas de cuyo recorrido, en la práctica, no es frecuente prescindir. Son éstas, el precontrato y el contrato, cada uno de los cuales está sujeto a un régimen jurídico bien diferenciado. Este barroquismo de los dispositivos contractuales imperantes en el Ordenamiento jurídico inglés no tiene nada de caprichoso ni de convencional, aunque a primera vista pudiera parecer otra cosa. Constituye, - por el contrario, y como ya sabemos (v. cap.II, en general, y especialmente apartados 4 a 6), la expresión de una necesidad fuertemente sentida para dotar al tráfico inmobiliario del máximo posible de seguridad jurídica, que no sería dable alcanzar sin que se estudiaran previamente y a fondo los antecedentes de la transacción jurídica proyectada.

La existencia del precontrato requiere la presencia de los siguientes elementos sustantivos: partes -- contratantes, derecho inmobiliario cuya transmisión se proyecta, la causa (the consideration) y, tratándose - de un derecho real de duración temporal, la fecha de comienzo y la duración.

Aunque el precontrato existe cualquiera que sea - su forma, incluida la puramente verbal, no hay base pa

ra exigir judicialmente su cumplimiento si su existencia no puede ser probada en alguna de las formas reconocidas por el artículo 40 de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925: constancia escrita y actos idóneos y su ficientes de cumplimiento del precontrato. Quiero ello decir que la ausencia de alguno de estos hechos no hace nulo el precontrato, pero priva a las partes de la facultad de ejercitar las acciones que normalmente se derivarían del mismo, si bien no obsta a la validez de -- los efectos contractuales -- como el cumplimiento espontá neo de lo convenido -- producidos al margen de tales acciones judiciales. El precontrato puramente verbal, falto de apoyo en actos de específico cumplimiento, es, por -- sus efectos jurídicos, un ejemplo típico de obligación natural, tal como la concibieron el Derecho romano y el Derecho español anterior al Código; es decir, una categoría intermedia entre el simple deber moral y la obligación jurídica o civil perfecta, que se distingue del primero en que produce algunos efectos jurídicos (principalmente el de no poder ser repetido el pago hecho vo luntariamente por el deudor), y de la segunda, en que -- no engendra acción para hacer efectivo su cumplimiento, ni por consiguiente puede ser llevada a ejecución forzo sa (CASTAN, op. cit.; III, pág. 86). El supuesto más -- claro de obligación natural en el Código civil es el -- del pago no debido, pero hecho "a título de liberalidad o por otra justa causa" (art. 1901).

El precepto que enseguida desmenuzaremos (art. 40 -- de la Ley de 1925) es de aplicación a cualquier acto dis positivo de derechos inmobiliarios (venta, hipoteca, --

arrendamiento, etc...), y tanto si se pretende su creación como la transmisión de uno ya existente.

La constancia escrita es equivalente a la de un -- acuerdo documental, memorandum o nota del mismo, firmado por la persona contra la cual se pretenda ejercitar la acción o por su legítimo representante. El requisito de la firma ha sido interpretado en sentido amplio por la jurisprudencia. Supuesto que el nombre de la parte a la que se pretenda demandar aparezca de alguna manera en -- el documento (manuscrito, mecanografiado, impreso o de otra manera), se considera que hay firma bastante si el interesado ha reconocido de alguna forma, en el propio documento, que el mismo es expresión de un precontrato. Como ejemplo más común de este criterio jurisprudencial podemos citar el del documento manuscrito por el contra tante, pero carente de su firma.

El memorandum o nota puede haber sido redactados -- sin la intención específica de que sirvan para la finalidad probatoria, pudiendo consistir en uno o varios do cumentos que, en conjunto, constituyan evidencia escrita de la existencia de un precontrato. Cabe también la alternativa de que todos estén firmados, o sólo alguno de ellos, en el cual ha de hacerse referencia a los -- otros no firmados que le complementen. Lógicamente, la pluralidad de documentos referidos a un mismo precontra to hace necesaria una interpretación conjunta de los -- mismos.

Es innegable que el amplio concepto de documento --

privado que, a efectos inmobiliarios, maneja el Derecho inglés, se asemeja en gran medida al que regulan los artículos 1225 a 1230 del Código civil español, que también da virtualidad de documento privado a notas no firmadas, incluso marginales, asientos, registros y papeles privados, etc... (v. arts. 1228 y 1229).

El otro camino para demostrar que existe un precontrato es el de probar que hay acto o actos de una parte suficientes para acreditar su cumplimiento, hecho del que se infiere su existencia. Esta doctrina tiene un origen equitativo bastante remoto puesto que arranca del año 1686, quedando plasmada, en su formulación actual, en un fallo de la Cámara de los Lores del año 1701. Su aplicación sólo es posible si se dan los siguientes requisitos:

- 1) Existencia de un precontrato cierto y definido en sus elementos, cuyas prestaciones sean exigibles en términos de Equidad.
- 2) Los actos de ejecución del precontrato deben ser realizados por quien asuma la posición de demandante y sabiendo quien resulte demandado que tal conducta es ejecución, en términos de buena fe, del precontrato. A diferencia de lo establecido en la doctrina del documento escrito y firmado, que ha de serlo por el demandado, en la de los actos de ejecución éstos han de ser obra del demandante.
- 3) Los actos de ejecución han de estar inequívocamente referidos al precontrato, es decir, que, por sí mismos, sugieran, como su única explicación razonable,

la existencia de un precontrato de clase determinada. De otra parte, han de ser actos físicos que afecten - al inmueble, debiendo ser propiamente ejecutorios y - no sólo preparatorios.

El efecto de los actos de suficiente cumplimiento - del precontrato es abrir el camino para alcanzar la evidencia de todos los elementos del contrato, incluidos -- aquéllos que no guardan directa relación con tales actos; es decir, queda flanqueado el obstáculo legal de la ineficacia del contrato verbal para la interposición de acciones.

Un análisis general de los efectos de todo precontrato, singularmente del de compraventa, nos permite afirmar que, a raíz de su válida celebración, un derecho equitativo inmediato sobre el predio pasa al futuro adquirente. Este derecho equitativo es transmisible y faculta para la percepción de frutos y rentas a partir del momento en que el vendedor o transmitente incurre en mora en el cumplimiento de la obligación de solemnizar la transmisión. Si la mora es del adquirente, éste debe satisfacer cuantos gastos de producción y conservación sean precisos. Desde la fecha del precontrato corre de cuenta del adquirente el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa comprada y, desde ese mismo instante, el vendedor asume la posición de fiduciario de los derechos del comprador, con ciertas matizaciones, como la de conservar la posesión hasta que se le satisfaga el precio (derecho de retención) y la de percibir frutos y rentas hasta la consumación del contrato inmobiliario.

Los medios previstos para hacer exigible el precontrato inmobiliario son el cumplimiento específico, indemnización de daños, rescisión del contrato, rectificación judicial de ~~error~~ común a ambas partes y arbitraje judicial solicitado de mutuo acuerdo.

El cumplimiento específico, creación equitativa, como sabemos, constituye un remedio excepcional, confiado al arbitrio de los jueces para aquellos casos en que la reparación de los daños causados se estime una medida - compensatoria insuficiente. No ordenarán los Tribunales su aplicación salvo que el precontrato les parezca cierto, honesto y justo (certain, fair and just). Si la parte condenada al cumplimiento específico no lo hace, es culpable de desobediencia o menosprecio a los Tribuna--les (contempt of Court) y se expone a las severas san--ciones penales que esta infracción lleva aparejada, como el encarcelamiento por tiempo indefinido hasta que - la orden de cumplimiento específico es acatada (KIRPA--TRICK "Initiation au Droit Anglais", op. cit.; págs. -- 142 y 143, y 209 y 210).

La etapa contractual propiamente dicha o contrata--ción inmobiliaria se inicia a partir del otorgamiento - del precontrato vinculante. Generalmente, el título del vendedor o transmitente no se investiga antes de la ce--lebración de aquél. Ahora bien, cuando ésta tiene lugar, siempre se lleva a cabo, para la propiedad que no goza de los beneficios de la inscripción registral, una rigu--rosa investigación del título.

El vendedor ha de suministrar al comprador un sumario del título (abstract) o relación de documentos, tales como escrituras y testamentos, que afecten a la pertenencia objeto de transmisión o gravamen y referidos al período respecto al cual su derecho haya de ser acreditado, que es el de los últimos quince años, salvo pacto en contrario, y también de los hechos que, como los fallecimientos, hayan podido influir durante ese tiempo en la titularidad que deba ser analizada. No basta con-resumir tales documentos; también es preciso exhibirlos y establecer y probar los hechos jurídicos trascendentes a efectos de titularidad.

En actuación complementaria a la del vendedor, el abogado del comprador, a expensas de su cliente, ha de examinar y calificar la titularidad presentada, solicitando las comprobaciones adicionales que estime oportunas y, finalmente, aconsejando al comprador sobre el grado de seguridad que ofrezca el título del transmitente.

Cubiertas estas etapas, el vendedor ha de otorgar la escritura en que se efectúe la transmisión inmobiliaria y ha de entregar al comprador los documentos relacionados en el sumario del título.

El proceso contractual que acabamos de describir -- en una sucinta visión de conjunto, tiene un desarrollo extraordinariamente complejo y requiere, para ser llevado a cabo con éxito, la intervención de abogados especialistas y sumamente expertos en cuya pericia descansa, en buena parte, la seguridad del tráfico jurídico de las -

fincas que aún no han accedido al sistema registral de -
títulos vigente en Inglaterra.

En la actualidad, la escritura solemne es forma obligada para la contratación de cualquier derecho real inmobiliario, si se pretende que el negocio jurídico en cuestión surta efectos en el ámbito del Derecho común. Si se prescinde de la forma solemne en la escrituración del contrato inmobiliario, éste es ineficaz a los efectos de --
transmitir la pertenencia legal o derecho inmobiliario legal en cuestión; el defecto de forma se sanciona, en suma, con la sola transmisión del derecho equitativo correspondiente al legal cuya cesión resulta fallida. Hay, sin embargo, excepciones a esta regla, como, por ejemplo, los -
arrendamientos reales por término inferior a tres años que pueden contratarse incluso verbalmente.

La definición de escritura solemne que más y mejor -
se ajusta a la realidad es la de instrumento escrito que el transmitente o constituyente del derecho inmobiliario, firma, sella y entrega al adquirente y beneficiario del -
acto y en el cual expresa su voluntad de constituir o --
transmitir a su favor dicho derecho. En suma, "the deed of conveyance" es el documento que recoge el acto de disposición o transferencia de derechos reales inmobiliarios --
(PUIG BRUTAU; Estudios del Derecho comparado; pág. 50). -
La imposición del sello, según nos informa KIRKPATRICK --
(Initiation au Droit Anglais, Bruxelles, 1964; pág.188), no se hace a través del lacre o la cera. Actualmente, los contratantes utilizan, generalmente, etiquetas de papel -
adhesivo rojo, de tamaño apenas mayor que el de un confe-

ti, no llevando ninguna marca propia de quien otorga el documento.

Aunque la presencia de testigos (attestation) en la escritura solemne no constituye requisito esencial para su validez, es práctica invariable la concurrencia de alguno que, asimismo, firma. Desempeñan siempre esta función probatoria el o los abogados especialistas en Derecho inmobiliario que asesoran a las partes.

Las escrituras solemnes, en cuanto a su comparecencia e intervención, son unilaterales, es decir, otorgadas con la presencia de una sola parte (por ejemplo: la constitución de un fideicomiso) o bilaterales, en las que concurren dos o más otorgantes, cual ocurre con la compra venta. Ahora bien, aun en este último caso, la firma y el sellado del documento son actos unilaterales que corresponde realizar exclusivamente al vendedor o transmitente del derecho.

La firma y el sello no son suficientes si no van seguidos de la entrega del documento. No basta una mera entrega física si no va acompañada de palabras o conducta del otorgante demostrativas de quedar vinculado por el contenido de la escritura. Como demostración de que una simple entrega física es insuficiente si no va unida a un reconocimiento explícito o implícito de su especial eficacia jurídica, puede citarse el supuesto de una entrega al abogado del otorgante, para que actúe en función de instrucciones que posteriormente se le han de dar.

Sin perjuicio o al margen de la simple entrega física, a cuyo especial régimen jurídico acabamos de referirnos, cabe distinguir entre entrega absoluta y entrega condicional. Esta última -la primera no requiere mayores precisiones- existe cuando el documento se recibe por una de las partes contratantes o por un extraño subordinando su eficacia, implícita o explícitamente, al cumplimiento de determinada condición. Esta modalidad de entrega hace ineficaz el contrato solemne hasta que la condición se cumple y lo torna eficaz, con efecto retroactivo al momento mismo de la dación, cuando aquélla queda cumplida. La retroactividad de efectos distingue esta modalidad de entrega de la simplemente física.

El tema del precontrato tiene en Derecho español un planteamiento y una función que le distancian grandemente de su correlativo inglés.

En principio, la razón de ser de esta institución es, al igual que en Derecho inglés, su utilidad práctica pues, de acuerdo con lo que observan CASTAN y CALVILLO (op.cit.; IV; pág. 27), puede ser conveniente a las partes que no puedan de momento celebrar definitivamente el contrato que les interesa, ante la falta de algunos datos concretos, documentos, permisos, etc..., asegurar la efectividad de su conclusión para un tiempo posterior y más oportuno. Si en el terreno de la función teórica hay un claro paralelismo inicial, en el de la estadística la discrepancia es mayúscula, pues, mientras en Derecho inglés la práctica precontractual es habitual, en Derecho español la ce-

lebración de precontratos es sumamente infrecuente. Tampoco hay entre nosotros una investigación propiamente dicha del título del transmitente, distinta de la que suele hacerse a través del Registro de la Propiedad, cuando la propiedad está inscrita, y del solo examen del título del que dispone de su derecho, en caso contrario. Lo que si nos de para la práctica jurídica española con mucha frecuencia es la utilización del documento privado como escalón previo - para la compraventa de bienes inmuebles, que no suele solemnizarse en escritura pública hasta tanto se satisface - el precio en su integridad.

En el terreno doctrinal debe comenzarse diciendo -como lo hace ALBALADEJO (op. cit. II, 1; págs. 362 y siguientes)- que no sólo falta acuerdo entre nuestros autores sobre la construcción que estiman preferible, sino que ni siquiera toda la doctrina está conforme en que el precontrato -- sea admisible. De modo que frente a las opiniones que le - defienden (aunque entendiéndole cada una a su manera), hay quien rechaza, bien su existencial real, bien su propia po sibilidad como categoría autónoma.

ALBALADEJO (loc. cit.) reduce a tres las concepciones imperantes en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre el - concepto del precontrato. Para la primera de ellas es un - contrato por el que las partes se comprometen a celebrar - en el futuro otro contrato (contrato preparado), que actualal mente no quieren o no pueden concluir. La segunda es aqué- lla que entiende que el precontrato no es un contrato que prometa otro, sino un contrato definitivo, pero en el que las partes sólo sientan unas líneas básicas, contrayendo -

la obligación de desarrollarlas en el futuro, en el que no hay, pues, celebración de otro contrato nuevo, sino desenvolvimiento completo del contrato único que existe. La tercera y última de las teorías, a la que se adhiere ALBALADEJO, es la que piensa que el precontrato consiste en establecer un proyecto de contrato, concediendo a la vez a ambas partes (precontrato bilateral), o sólo a una (precontrato unilateral), la facultad de exigir la vigencia de dicho proyecto como contrato.

Se discute si el precontrato es susceptible, en caso de no cumplimiento voluntario, de cumplimiento forzoso específico, o si no cabe obtener éste, sino sólo la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Sin perjuicio de algunas excepciones, quienes profesan la primera de las teorías indicadas estiman inaceptable el cumplimiento forzoso en forma específica, a base del argumento de que la prestación prometida -otorgar el consentimiento para la celebración del contrato preparado- es personalísima e infungible, razón por la que no puede ser sustituida por el de otra persona, como lo sería si el juez otorgare el consentimiento por el precontratante que se negare a celebrar el contrato. Sin embargo, quienes militan en las otras posiciones doctrinales, especialmente en la última de ellas, admiten que, salvo que el cumplimiento forzoso específico se vea impedido por otras razones, no hay en el cumplimiento nada necesariamente personalísimo que impida la ejecución forzosa en forma específica. La jurisprudencia ha estimado admisible unas veces y otras no dicha ejecución forzosa en forma específica.

Lo que está fuera de toda duda es el reconocimiento legal del precontrato, pues aunque nuestro Código no contenga ninguna norma general atribuyendo eficacia a las promesas de contratar, derívase la obligatoriedad de éstas del principio de libertad contractual, sancionado en el artículo 1255 y concordantes. Ante esa ausencia de normas de carácter general, se habrá de regir el contrato preliminar por las reglas comunes de los contratos y de las obligaciones, señaladamente las de hacer (CASTAN y CALVILLO; op.cit; IV; pág.27). No obstante, regula especialmente nuestro Código civil dos clases de promesas de carácter inmobiliario: la promesa de vender o comprar (art. 1451) y la de prenda e hipoteca (art. 1862). En ambos casos parece posible exigir el cumplimiento específico, aunque de forma más directa y eficaz en el primero de ellos, que conlleva el derecho de los contratantes para reclamarse recíprocamente el cumplimiento del contrato, quizá exigiendo la entrega de la cosa y del precio, sin más trámites. En el segundo es evidente que esta eficacia real inmediata está descartada, -- puesto que la promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes,

Proyectando en Derecho inglés las siempre más elaboradas concepciones doctrinales de nuestra doctrina científica, llegaremos a la conclusión de que, de acuerdo con la primera de las teorías que recoge ALBALADEJO, el precontrato es un contrato por el que las partes se comprometen a celebrar en el futuro otro contrato (el contrato inmobiliario propiamente dicho o "conveyance") que actualmente no -- pueden concluir por falta de la información precisa sobre la veracidad de las garantías de titularidad y libertad de cargas ofrecidas por el transmitente. A pesar de que su misión es preparar la celebración del contrato definitivo, --

nada impide que, en caso de incumplimiento, el preadquirente opte por el cumplimiento específico de lo convenido. - Además, su válida celebración, equivale, de acuerdo con - la peculiar estructura bipolar del Derecho inglés, a la - adquisición, por el preadquirente, de un derecho equitativo sobre el inmueble.

Los autores patrios, sirviéndose de la metodología - fuertemente racional en la que se inspiran sus estudios, no se ocupan de la forma de los contratos sin antes hacer algunas consideraciones generales sobre los sistemas de - contratación.

Llaman los civilistas patrios sistemas de contrata--ción a los diferentes criterios con que en cada legisla--ción se determinan las formas tipo mediante las que ha de entenderse reconocida la existencia jurídica de los contra--tos. Los sistemas de contratación principales y contrapues--tos pueden reducirse a dos: el formalista y el espiritua--lista, o lo que es igual, el que exige determinadas formas externas para la existencia del contrato, y el que atiende sólo al consentimiento, sea cualquiera la forma en que se exprese. Pero a ellos puede añadirse un tercer sistema, o sistema ecléctico, propio del Derecho moderno, y al que de alguna manera se adscribe nuestro Ordenamiento jurídico, sin dejar de demostrar sus preferencias por el princi--pio de libertad de contratación, que tiene su arranque en el Ordenamiento de Alcalá.

Siguiendo a CASTAN (op.cit.; III; pág. 398) podemos - sintetizar las bases del Código civil, en orden a la con--

tratación, en las dos siguientes:

- 1ª) Libertad de forma para la celebración válida de los -
contratos, que son válidos cualquiera que sea aquélla,
siempre que en ellos concurren las condiciones esen--
ciales para su validez: consentimiento, objeto y cau--
sa (art. 1278).
- 2ª) Exigencia de forma especial para ciertos contratos, -
sin afectar a su validez. "Si la ley -expresa el artí--
culo 1279- exigiere el otorgamiento de escritura u --
otra forma especial para hacer efectivas las obliga--
ciones propias de un contrato, los contratantes podrán
compelerse recíprocamente a llenar aquella forma des--
de que hubiese intervenido el consentimiento y demás -
requisitos necesarios para su validez".

En este sentido, es decir, en el de que las partes -
podrán compelerse a hacer constar, es admisible la rotun--
da afirmación del artículo 1280 de que deberán constar en
documento público, entre otros, los actos y contratos que
tengan por objeto la creación, transmisión, modificación
o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, así
como los arrendamientos de estos mismos bienes, por seis o
más años, siempre que deban perjudicar a tercero.

Hay, sin embargo, casos especiales en que la forma -
se convierte en un requisito "ad solemnitatem", por lo --
que su ausencia equivale a la inexistencia del contrato.
Son supuestos poco numerosos y se sitúan, la mayoría, en el
terreno del Derecho inmobiliario o en sus aledaños: dona--
ción de inmuebles (art. 663), censo enfitéutico (art. 1622),

hipoteca (art. 1875) y traspaso de locales de negocio -- (art. 32,52 de la LAU).

Contrastando los formalismos contractuales inmobiliarios imperantes en ambos Ordenamientos jurídicos, resulta que, en cuanto al mínimo exigible, el sistema inglés es más riguroso que el nuestro porque no reconoce efecto jurídico propiamente dicho, salvo el que corresponde a una obligación natural, al precontrato inmobiliario puramente verbal a menos que pueda apoyarse en actos suficientes de cumplimiento o ejecución. El espiritualismo de nuestro sistema es mayor ya que, aun con forma puramente verbal, el contrato cuyo objeto sea la adquisición de un derecho real inmobiliario existe, es válido y puede producir plenos efectos jurídicos, salvo que medie una exigencia de forma "ad solemnitatem".

En cuanto al máximo rigor formal, es nuestro Derecho el que, en los casos concretos antes citados, actúa a punta de lanza. En el Ordenamiento inglés, cuando se prescindiese de la escritura solemne, siendo ella necesaria, el negocio jurídico en cuestión no produce efectos en el ámbito del Derecho común, pero sí en el de la Equidad. No puede sostenerse que en aquellas latitudes exista un verdadero requisito de forma "ad solemnitatem", cuya omisión provoque la plena nulidad del contrato.

Se ha de considerar, finalmente, que nuestra escritura pública y la escritura solemne inglesa, a pesar de que constituyen la máxima solemnidad contractual respectiva de ambos Ordenamientos, no son, en modo alguno equiparables.

La escritura solemne es un documento privado, suscrito -- sólo por el transmitente, al que se rodea de especiales solemnidades: intervención de testigos cualificados (el -- asesor jurídico inmobiliario), firma y sello del otorgante, etc... Las escrituras públicas, en cuanto una de las modalidades (la principal) de instrumentos públicos, son documentos autorizados, con las solemnidades legales, por Notario competente (es decir, por un funcionario público) a requerimiento de parte, incluidos en el protocolo notarial y que contienen un negocio jurídico, para su prueba, eficacia o constitución.

Es indudable que, al no otorgarse bajo fe pública, las escrituras solemnes son más fácilmente impugnables, - por falsedad, que las escrituras públicas.

- o - o - o -

La contratación inmobiliaria en el Derecho inglés es, como ya se vió reiteradamente a lo largo del capítulo II, un tema sumamente complejo y de muy delicada, y hasta peligrosa, actuación práctica. Su simplificación, que fue el "leit-motiv" de la reforma legislativa de 1925, es un proceso en marcha -- desde aquella fecha cuya culminación, como veremos al estudiar el Registro inmobiliario, está aún bastante lejos de su meta.

Tal complejidad impone un desarrollo práctico en dos etapas principales, netamente diferenciadas entre sí, que son el precontrato inmobiliario y la escritura solemne o contratación inmobiliaria propiamente dicha.

1.1. Precontratos inmobiliarios (contracts)

1.1.1. La existencia del precontrato

Un precontrato es el que se pacta la realización de actos dispositivos de derechos reales sobre bienes inmuebles, existe y es válido desde que, entre las partes, hay acuerdo de voluntades, aunque sea meramente oral, sobre los elementos reales propios del acto dispositivo de que se trate. No obstante, no existe base para exigir judicialmente su cumplimiento si el acuerdo no consta en alguna de las formas previstas o admitidas por el artículo (section) 40 de la Ley del Derecho de Propiedad (law of Property Act) de 1925, a las que nos referiremos enseguida.

La existencia del precontrato requiere la presencia de los siguientes elementos sustantivos: las partes contratantes, el derecho inmobiliario, la causa (the consideration) y, en el

caso de constitución de un arrendamiento real, la fecha de -
comienzo y la duración. La aceptación de una oferta subordi-
nada a la celebración de un precontrato (subjet to contract),
no constituye un equivalente del mismo (Botley v. Vidal, 1905;
Lockett v. Normal - Wright, 1925; Marks v. Board, 1930), supues-
to que no debe confundirse con el de aceptación incondiciona-
da de un precontrato, en cuyo caso las partes quedan vincula-
das de inmediato (Rossiter v. Miller, 1878). Como ya hemos -
indicado, el precontrato existe sin que se precise la concu-
rrencia de formas especiales, verbales o escritas. Ahora bien,
si un acuerdo en forma es redactado, lo usual es que cada --
parte firme una copia, no existiendo precontrato vinculante
hasta que se hayan intercambiado ambos ejemplares (Eccles v.
Bryant, 1948).

1.1.2. La exigibilidad del precontrato

1.1.2.1. Constancia escrita

La exigibilidad del precontrato, mediante la correspon-
diente acción judicial, se rige por la ya citada disposición
de la Ley del Derecho de Propiedad. Dice esta Ley que ningun-
a acción puede derivarse de cualquier precontrato de venta
o de cualquier acuerdo transmisorio de derechos reales sobre
inmuebles a menos que el convenio, o momorandum o nota del -
mismo, en el cual se quiera basar la acción, conste por es-
crito y esté firmado por la persona contra la cual se preten-
da dirigir aquélla o por quien ostente su representación con
arreglo a Derecho. Resulta obligado precisar que la omisión
de estas elementales formalidades escritas, o la ausencia de

actos de cumplimiento de lo convenido (v. 1.1.2.2. siguiente), no hace nulo el precontrato, sino que priva a las partes de la facultad de ejercitar las acciones que normalmente se derivarían del mismo (Maddison v. Alderson, 1883; Leroux v. Brown, - 1852; Delaney v. T.P. Smith, Ltd., 1946), pero no obsta a la validez de los efectos contractuales producidos al margen de tales acciones. Así, las cantidades entregadas en concepto de arras o señal en un precontrato de compraventa verbal puede retenerlas legítimamente el vendedor si el comprador rehusa consumir el contrato (Monnickendam v. Leanse, 1923; Chillingworth v. Esche, 1924) y si dicho anticipo se hubiese hecho mediante un cheque, y se rehusase el pago del mismo, puede ejercitar la acción motivada por tal impago (Low v. Fry, 1935).

El precepto que estamos desmenuzando es de aplicación a cualquier acto dispositivo de derechos inmobiliarios (venta, hipoteca, arrendamiento, etc...), y tanto si se pretende su -- creación como la transmisión de uno ya existente.

La función del documento es reflejar la existencia de un precontrato anterior al ejercicio de la acción (Lucas v. Dixon, 1889), precontrato que pudo concluirse oralmente e incluso muchos años antes de la redacción del documento (Barkworth v. Young, 1856), siendo posible probar su existencia, si se -- hubiere extraviado, por otros medios de prueba, incluso ora--les (Barber v. Rowe, 1948). Está establecido que incluso una -- simple oferta escrita aceptada oralmente es documento bastante para ejercitar acción contra el oferente (Reuss v. Picksley, 1866), si bien la prueba de la aceptación no es nada fácil -- (Watson v. Davies, 1931).

Respecto a su forma, no es preciso que se respete ninguna en particular, ni que el memorandum o nota hayan sido redactados con la intención específica de que sirvan para tal finalidad probatoria (Re Hoyle, 1893), pudiendo consistir en uno o varios documentos que, en conjunto, constituyan evidencia escrita de la existencia de un precontrato (Long v. Millar, 1879; Godwin v. Francis, 1870), cabiendo la alternativa de que todos estén firmados (Studds v. Watson, 1884) o sólo alguno de ellos en el cual debe hacerse referencia a los otros no firmados que le complementen (Tylor v. Smith, 1893). Lógicamente, la pluralidad de documentos referidos a un mismo precontrato hace necesaria una interpretación conjunta de los mismos (Studds v. Watson, 1884).

El memorandum o documento ha de recoger, con suficiente precisión, todos los elementos personales y reales necesarios para la válida existencia del precontrato (Beckett v. Nurse, 1948). Su omisión total o parcial convierte en defectuoso el documento (Crane v. Naughten, 1912). No obstante, si lo que se omite es una estipulación no esencial, establecida sólo en beneficio o en perjuicio de una de las partes, ésta puede ejercitar la acción si renuncia al beneficio o acepta el perjuicio del cumplimiento de la estipulación omitida (Hawkins v. Price, 1947; North v. Loomes, 1919; Martin v. Pycroft, 1852). Hay certeza suficiente en los elementos del precontrato reflejados documentalmente siempre que aquéllos estén plenamente determinados, y también cuando sean de terminables sin necesidad de precisiones ajenas al contenido documental ni de nuevas declaraciones de voluntad (Davies v. Sweet, 1962; Can v. Lynch, 1900), norma que abarca, como es lógico, tanto a los elementos personales (Fay v. Miller, --

Wilkins & Co., 1941) como los reales (Auerbach v. Nelson, - 1919).

La firma del documento por ambas partes contratantes, o por sus representantes, no es indispensable; de acuerdo con lo establecido en la Ley, es suficiente que firme la parte -o su representante autorizado- contra la cual se pretende -hacer valer el precontrato; pero en este supuesto de firma unilateral no hay acción contra el no firmante (Boyes v. Ayerst, 1822). El requisito de la firma ha sido interpretado en sentido amplio por la jurisprudencia. Supuesto que el nombre de la parte a la que se pretenda demandar aparezca de alguna manera en alguna parte del documento (manuscrito, mecanografiado, impreso o de otra forma), se considera que hay firma bastante si el interesado ha reconocido de alguna manera, en el propio documento, que el mismo es expresión de un precontrato (Halley v. O'Brien; Leeman v. Stocks, 1951). Como ejemplo -- más común de este criterio jurisprudencial, podemos citar el del documento manuscrito por el contratante, completo en cuanto precontrato, pero carente de su firma (Knight v. Crockford, 1794; Bleakley v. Smith, 1840; Johnson v. Dodgson, 1837). La forma en que la representación deba ser conferida no está -- precisada expresamente. Concorde con su criterio espiritualista y nada formalista, la jurisprudencia ha estimado que -- no es preciso que el mandato o apoderamiento sea concedido -- por escrito (Ogilvie v. Foljambe, 1817). Ahora bien, ha de -- probarse no sólo que el firmante estaba efectivamente apoderado, sino que además tal poder era bastante para el negocio jurídico en cuestión. En las subastas públicas, tal suficiencia concurre siempre en la persona del subastador, tanto res

pecto al vendedor como al rematante, sin que ninguno de los dos pueda revocar el mandato cuando el remate se ha producido (Emmerson v. Heelis, 1809; Chaney v. Maclow, 1929).

1.1.2.2. Actos idóneos de cumplimiento del precontrato: requisitos y peculiar eficacia probatoria.

La existencia del precontrato, a los efectos de ejercitar la oportuna acción judicial, puede demostrarse, además de por su existencia escrita, probando, en los términos establecidos en la Ley del Derecho de Propiedad, que hay acto o actos de una parte suficiente para acreditar el cumplimiento del precontrato (sufficient act of part performance). Así lo reconoce el propio artículo (section) de dicha Ley que establece -- que lo en él preceptuado deja a salvo la doctrina de los actos de cumplimiento del precontrato. Desde 1686, la Equidad adoptó, en este punto, una línea jurídica que puede ser descrita como la "tarea de prescindir decorosamente de una ley del Parlamento" (Spencer v. Hemmerde, 1922). La idea básica de esta doctrina, firmemente establecida en un fallo de la Cámara de los Lores del año 1701 (Lester v. Foxcroft), consiste en que si el demandante ha realizado actos de cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sería fraudulento que el demandado alegase en su defensa la norma legal que exige la nota o memorandum escrito, por lo que en Equidad el precontrato es exigible en tales circunstancias no obstante la falta de toda constancia escrita del mismo. La Equidad pretende evitar un fraude de ley (Whitbread v. Brocklehurts, 1784) y al mismo tiempo atender al cumplimiento de los acuerdos entre partes con el mayor espíritu de fidelidad posible a los mismos y en

aras al interés de ambas partes contratantes (*Britain v. Rositer*, 1879; *Chaproniere v. Lambert*, 1917).

Para que esta doctrina sea aplicable, se precisa el cumplimiento de determinados requisitos, que vamos a examinar - siguiendo un orden lógico.

Ha de haber, en primer lugar, un precontrato cierto y - definido en sus términos (*Cooth v. Jackson*, 1801). Ningún -- presunto acto de ejecución puede suplir deficiencias en cuanto a la existencia misma del precontrato. Además, el contenido de las prestaciones contractuales ha de ser exigible: en términos de Equidad (*Elliot v. Roberts*, 1912). Determinadas - prestaciones se han declarado no exigibles por razones de dolo, onerosidad excesiva u otras causas.

Los actos de ejecución del precontrato deben ser realizados por quien asuma la posición de demandante y sabiendo - quien resulte demandado que tal conducta es ejecución, en -- términos de buena fe (*Dam v. Spunier*, 1802), del precontrato. Hemos de recalcar lo dicho, ya que si en la doctrina del documento escrito y firmado éste ha de serlo por el demandado, en la de los actos de ejecución éstos han de ser obra del demandante, el cual, al pretender la exigibilidad del contrato, ha de demostrar que existen actos propios en cumplimiento -- del mismo (*Caton v. Caton*, 1865), puesto que si el que rehu-- sare consumir el precontrato es el único que ha realizado actos en cumplimiento del mismo, no hay fraude sino una simple y voluntaria pérdida por su cuenta, una renuncia de sus derechos.

Los actos de ejecución han de estar inqúívocamente referidos al precontrato. Este tercer y último requisito, sin duda el más importante, no puede ser adecuadamente comprendido sin un estudio separado y complementario de los dos -- elementos que lo integran.

El verdadero significado de la idea de referencia inequívoca es el de que el o los actos ejecutorios de una parte han de ser tales que, por sí mismos, sugieran, como su única explicación razonable, la existencia de un precontrato de la clase alegada y afectando al inmueble en cuestión (Maddison v. Alderson, 1883). Se ha de insistir en que la relación ha de ser con un precontrato de clase determinada, y como es -- muy difícil precisar qué actos de ejecución se refieran inequívocamente a un precontrato en particular y no a otro (dentro de una misma clase), la precisión de los últimos y definitivos términos del precontrato ha de establecerse mediante evidencia verbal (Frame v. Dawson, 1807; Kingswood Estate Co. Ltd. v. Anderson, 1963).

Los actos ejecutorios de una de las partes difícilmente serán suficientes o idóneos si no consisten en actos físicos que afecten al inmueble, debiendo ser propiamente ejecutorios y no sólo preparatorios; así la medición de la finca o las -- instrucciones para la contratación de un arrendamiento son -- actos insuficientes. Los actos ejecutorios más usuales son -- los de posesión del inmueble que, para ser estimados suficientes o insuficientes, han de ser interpretados en función de las circunstancias contractuales. Así, si un arrendatario -- pacta la renovación de su arrendamiento real o la compra del predio, el hecho, por sí solo, de que permanezca en su pose-

sión una vez extinguido el primer arrendamiento no demuestra ni la renovación ni la compra, puesto que puede estar en situación de arrendamiento precario (at sufferance) (Re The National Savings Bank Association, 1867; Lincoln v. Wright, -- 1859). Todo lo contrario ocurre cuando se entrega y recibe la posesión "ex novo", sin que haya posible confusión con situaciones posesorias anteriores (Hohler v. Aston, 1920; Sharman v. Sharman, 1893). Lo importante es el cambio posesorio y no la duración de la nueva posesión; el cambio posesorio queda reforzado si el demandante realiza gastos para la mejora de la finca (Reddin v. Jarman, 1867). Esta última conducta, llevada a cabo por el arrendatario que renueva su contrato, permite descartar la hipótesis, antes indicada, de que se encuentra en situación de precario (Brennan v. Bolton, 1842). De otra parte, la ejecución de obras en una vivienda no supone que su dueño la haya vendido, pero si tales obras se hacen bajo las órdenes e inspección de otra persona en cuanto particular, y no en cuanto profesional de la construcción, si hay actos suficientes de ejecución del precontrato en favor de dicho particular (Rawlison v. Ames, 1925).

El efecto de los actos de suficiente cumplimiento del precontrato es el abrir el camino para alcanzar la evidencia de todos los elementos del contrato, incluidos aquéllos que no guardan directa relación con tales actos (Sutherland v. -- Briggs, 1841); es decir, queda franqueado el obstáculo legal de la ineficacia del precontrato verbal para la interposición de acciones. Así, si un arrendador y un arrendatario convienen verbalmente, y ello puede acreditarse por actos idóneos de cumplimiento, la renovación del contrato con una opción de compra, los actos inequívocos de cumplimiento del primer

aspecto del precontrato (renovación del arrendamiento) facul-
tan al arrendatario-demandante para exigir su observancia -
global (Brough v. Nettleton, 1921), es decir, incluyendo la
opción de compra.

1.1.2.3. Casos en que no se exige ni constancia escrita ni -
actos de cumplimiento.

Excepcionalmente, no se exige ni la constancia escrita
del precontrato ni actos de parte en ejecución del mismo, -
cuando la venta es judicial, cuando el demandado no excep-
ciona la falta de documento escrito (James v. Smith, 1891)
y si la ausencia del mismo es consecuencia de actos fraudu-
lentos achacables a él (Maxwell v. Montacute, 1719).

1.1.3. Efectos del precontrato inmobiliario.

Si el precontrato inmobiliario, singularmente el de -
compraventa, es susceptible de ejecución, un derecho equita-
tivo inmediato sobre el predio pasa al adquirente, en espe-
ra de que se solemnice el contrato inmobiliario; el derecho
equitativo así adquirido es transmisible y faculta para la
percepción de frutos y rentas -o para el cobro de una renta
cuasiarrendaticia- a partir del instante en que el vendedor
o transmitente incurre en mora en el cumplimiento de la --
obligación de solemnizar la transmisión. Por contra, corre
de su cuenta, desde la fecha del precontrato, el riesgo de
pérdida o deterioro de la cosa comprada, y hasta la fecha
de consumación, si hay mora por su parte, debe satisfacer
todos los gastos de conservación y producción que sean pre-
cisos.

De otra parte, el vendedor, desde la celebración del --
precontrato, asume la posición de fiduciario de los derechos
del comprador, pudiendo, a instancia de éste, ser condenado,
en términos de Equidad, al cumplimiento específico de lo pag
tado. Como ejemplo de sus obligaciones de fiduciario, le in--
cumbe el deber de renovar los arrendamientos que expiren en
el interín, pero consultando previamente al comprador (Earl
of Egmont v. Smith, 1877; Abdullah v. Shah, 1959). Su estatu
to de fiduciario del comprador queda matizado al llevar im--
plícitos ciertos derechos de carácter personal que son impro--
pios de un fiduciario típico. Así, tiene derecho a conservar
la posesión hasta que se le satisfaga el precio, a percibir
los frutos y rentas hasta la consumación del contrato inmobi
liario y ostenta un derecho equitativo de carácter real so--
bre el inmueble, si transmite su posesión antes de ser inte--
gramente pagado, como garantía de la parte de precio que re--
sulte aplazada. Como complemento de lo antes dicho sobre los
riesgos de la finca vendida correspondientes al lapso de --
tiempo que media entre el precontrato y el contrato, la Ley
del Derecho de Propiedad de 1925 establece que el capital --
del seguro de incendios, salvo pacto en contrario, debe en--
tregarlo el vendedor al comprador, aunque sea aquél quien sa--
tisfaga las primas, y debiendo, en el supuesto normal, com--
pensar el comprador al vendedor por razón de las primas satis--
fechas desde la fecha del precontrato.

La exigibilidad del precontrato inmobiliario, que cons--
te por escrito, en el supuesto de incumplimiento del mismo --
por alguna de las partes contratantes, se consigue a través
de alguno de estos remedios jurídicos: indemnización de da--

ños, rescisión del contrato, rectificación judicial de error común a ambas partes (vendor and purchaser summons) por omisión escrita de un elemento del contrato, y arbitraje judicial sumario solicitado de mutuo acuerdo y para resolver cuestiones contractuales conflictivas, siendo todos estos remedios acciones legales o de Derecho común. Algunos de ellos son claramente incompatibles entre sí: cuando el vendedor opta por la rescisión no puede adicionalmente pedir la indemnización de daños. El remedio más efectivo contractualmente para ambas partes es la acción equitativa de específico cumplimiento, que nace del derecho equitativo que asiste a ambos contratantes a exigir que la transacción inmobiliaria contenida en el precontrato se eleve a la categoría de contrato. Acreditada la existencia del precontrato mediante actos de cumplimiento o ejecución del mismo, pueden aplicarse similares remedios a los antes expuestos si bien circunscritos, en todo caso, al ámbito de la Equidad, es decir, aplicados por los Tribunales con arreglo a la discrecionalidad reglada típica de los peculiares principios y criterios equitativos.

1.1.4. Su desarrollo práctico: supuestos, modalidades y pactos usuales.

La celebración del precontrato inmobiliario no constituye obligación jurídica específica, sino más bien una práctica usual a la que se acude cuando la transacción inmobiliaria implica el pago de un capital en metálico (venta o arrendamiento cuya renta se fija sólo en función del solar o terreno -"ground rent"-, compensando con el pago de un capital la cesión de los inmuebles existentes en él), no siendo habitual si el acto dispositivo inmobiliario no entraña el pago

de capital en metálico alguno (tal es el caso de un arrendamiento real cuya renta -"rack rent"-, se fija en consideración al suelo y a los edificios). La hipoteca, aunque por naturaleza lleva implícita la entrega del capital del préstamo, raramente va precedida de un precontrato.

Con un criterio escasamente sistemático -de sobra sabemos, y lo decimos sin intención peyorativa, que no es ésta - la cualidad más brillante de la doctrina jurídica inglesa-, se distinguen tres modalidades principales de precontratos:

- Precontratos concisos (open contracts). En éstos se fijan exclusivamente los elementos esenciales del contrato - antes aludidos, dejando los demás aspectos de la relación jurídica sujetos a las normas de carácter general.

- Precontratos por correspondencia (contracts by correspondence). La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 dispone - que los mismos se rigen por el Modelo Legal de Condiciones de Venta (Statutory Form of Conditions of Sale) de igual fecha, salvo modificación o contraria intención expresada en la correspondencia.

- Precontratos extensos (formal contracts). Es facultativo para los contratantes expresar su previo acuerdo de voluntades con todas las precisiones que estimen oportunas, -- sin olvidar que las disposiciones contrarias a la ley son nulas, como sucede con el pacto de que el contrato inmobiliario sea preparado por un abogado (solicitor) designado por el -- vendedor. En la práctica hay modelos, naturalmente adaptables a las peculiaridades de cada caso, editados por Entidades es

pecializadas en el asesoramiento contractual inmobiliario, que simplifican la redacción de los precontratos.

Entre los pactos que usualmente figuran en los precontratos extensos de venta inmobiliaria hay que citar: fijación de un depósito como arras o señal (generalmente el 10 por cien - del precio) y el pago de interés respecto a este último, si - hay morosidad del comprador en la solemnización del contrato; la naturaleza y amplitud del título que ha de acreditar el -- vendedor; el tiempo máximo que ha de llevar la redacción del sumario o historia del referido título (abstract) y otros as-- pectos con él relacionados; la fecha y lugar para la consuma-- ción del contrato, etc...

1.2. Contratación Inmobiliaria (conveyancing)

Transmitentes y adquirentes de derechos reales inmobilia-- rios, en general, y singularmente de la pertenencia plena, a la que nos vamos a referir como supuesto más común de la con-- tratación inmobiliaria, normalmente desean que, una vez que -- han llegado a un acuerdo de voluntades, sea otorgado, a la ma-- yor brevedad posible, un precontrato, quedando los efectos -- del mismo subordinados al derecho del comprador a pedir la -- rescisión o a hacer uso de los otros remedios a su alcance, -- antes examinados, para caso de incumplimiento, si el vendedor no logra probar un título suficiente y sin cargas. Generalmen-- te este título no se investiga antes de la celebración del pre-- contrato; sólo excepcionalmente el comprador o su abogado, si hay tiempo para ello, requieren del vendedor "informes preli-- minares" (preliminary inquiries) o "informes para el borrador del precontrato" (inquiries on draft contract).

Otorgado un precontrato vinculante, si se trata de propiedad inmobiliaria no registrada, a la que nos referiremos - exclusivamente en este apartado, ya que la registrada será objeto de nuestra atención en otro dedicado al sistema registral inmobiliario, el vendedor ha de suministrar al comprador un - sumario del título (abstract) o relación de documentos, tales como escrituras y testamentos, que afecten a la pertenencia - plena en cuestión durante el período respecto al cual su derecho hay de ser acreditado (quince años, salvo pacto en contrario), y también de los hechos que, como los fallecimientos, hayan podido influir durante ese tiempo en la titularidad que - deba ser analizada. Asimismo, el vendedor ha de proporcionar la evidencia de que los documentos y hechos sumariados se corresponden con la realidad.

En actuación complementaria a la del vendedor, el abogado del comprador (purchaser's solicitor), a expensas de su - cliente, ha de examinar y calificar la titularidad presentada, solicitando las comprobaciones adicionales que estime oportunas y, finalmente, aconsejando al comprador sobre el grado de seguridad que ofrezca el título del transmitente.

Cubiertas estas etapas, el vendedor está obligado al otorgamiento de la escritura en que se efectúe la transmisión inmobiliaria y a entregar al comprador los documentos relacionados en el sumario del título.

El proceso contractual que acabamos de describir en una sucinta visión de conjunto, tiene un desarrollo extraordinariamente complejo y requiere, para ser llevado a cabo con éxito, la intervención de abogados especialistas y sumamente expertos en cuya pericia descansa, en buena parte, la seguridad

del tráfico jurídico de las fincas que aún no han accedido - al sistema inmobiliario registral inglés. Sin llegar a zambullirnos en tema jurídico de tan ancho caudal, lo que sería - una empresa tan ardua como alejada de nuestro objetivo, trataremos de exponer esquemáticamente sus aspectos más relevantes.

1.2.1. Investigación del título

Centraremos nuestra atención en el cumplimiento de los precontratos concisos (open contracts), supuesto tipo a cuyo estudio debemos otorgar preferencia, puesto que las otras modalidades, de acuerdo con la clasificación de los mismos antes expuesta, se rigen por las normas legales que les son de especial aplicación (precontratos por correspondencia), o por lo convenido en cada caso por las partes (precontratos extensos).

Los derechos y obligaciones de las partes, nacidos de un precontrato conciso, son los siguientes:

1ª.- Obligación del vendedor de acreditar la suficiencia de su título durante los últimos quince años. El plazo - estaba inicialmente establecido en sesenta años (Barnwell v. Harris, 1809), pero fue legalmente reducido a cuarenta años en virtud de la Ley de Vendedores y Compradores (Vendor and Purchaser Act) de 1874, a treinta años por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 y a quince en virtud de ley de reforma de esta última, promulgada en 1969.

La posesión inmobiliaria (seisin) es claro indicio de -

la existencia del derecho real cuya transmisión quedó comprometida en virtud del precontrato, pero no constituye prueba suficiente de su existencia, entre otras razones porque, por ejemplo, puede tratarse de una titularidad vitalicia de la pertenencia y lo que se pretende vender es la pertenencia plena y absoluta en posesión. Por ello, la concurrencia de escrituras y documentos que acrediten con quince o más años la suficiencia del título del transmitente constituye una demostración necesaria. El sumario del título suele iniciarse por un documento que se llama "un buen fundamento del título" (a good root of title), el cual debe referirse a la pertenencia legal sobre el predio, con validez por sí mismo, sin necesidad de referirse a otro documento de mayor antigüedad, identificando suficientemente el inmueble y no conteniendo nada -- que pueda hacer dudosa la libre disponibilidad por parte del vendedor o transmitente.

2ª.- Obligación del vendedor de resumir y exhibir los documentos. El vendedor debe, a sus expensas, resumir y, si están bajo su control, exhibir los documentos justificativos de su título, empezando por el documento base o fundamento de su título y continuando con todos los posteriores que afectan al derecho objeto de transmisión. Adicionalmente, ha de establecer y probar los hechos que puedan afectar a ésta.

La obligación de resumir o extractar y la de producir, tiene algunas excepciones. Por ejemplo, escapan a ella determinados derechos equitativos, como los de los fideicomisarios o beneficiarios de la propiedad vinculada, los cuales, por efecto de la doctrina de la consignación (overreaching), no gravan el derecho del adquirente si éste consigna el pre

cio en la debida forma (v. 5.4., capítulo II). Otra excepción la constituye la transmisión de un arrendamiento real, en cuyo caso está legislado que no es preciso extractar y exhibir los títulos referentes a la pertenencia plena.

3ª.- Obligación del comprador de satisfacer el coste de la obtención de ciertos documentos.

Son de cuenta del vendedor los gastos inherentes a la -- preparación del sumario del título y a la exhibición de los -- documentos extractados. La norma está llena de lógica, puesto que se trata de una obligación accesoria de la que le incumbe con carácter principal. Incluso si no están en su poder, ha -- de emplear todo el celo necesario para conseguirlos, siempre que materialmente existan, es decir, que no se hayan destruído o perdido (Re Stamford, Spalding and Boston Banking Co. -- and Knight's Contract, 1900).

Sin embargo, la carga de los gastos para la obtención de los documentos existentes fuera del ámbito posesorio del vendedor ha sido atribuída al comprador por la Ley de Contrata-- ción Inmobiliaria (Conveyancing Act) de 1881, criterio poste-- riormente ratificado por la Ley del Derecho de Propiedad de -- 1925. La palabra gastos tiene un significado legal amplio: to dos cuantos se produzcan respecto a tales documentos, inclu-- do el proceso de su obtención, así como los que se precisen -- para conseguir información sobre hechos respecto a los cua-- les carezca de datos el vendedor. La excepción, a su vez, no -- es absoluta: los gastos de exhibición, por ejemplo, de las es crituras del acreedor hipotecario del vendedor son de cuenta de éste, pero la obtención de copias, si las desea, debe sa--

tisfacierlas el comprador. De nuevo el casuismo en cuanto peculiaridad del Derecho inglés, reflejado, a veces, como en esta ocasión, en el propio texto legal, se pone singularmente de manifiesto.

4ª.- Obligación del comprador de examinar, a sus expensas, el sumario del título.

El estudio jurídico del sumario del título del vendedor ha de llevarlo a cabo el abogado del comprador, ya que su función consiste en pronunciarse sobre si el título del transmitente es idóneo para consumir la transmisión a la que se ha comprometido en el precontrato. Si en la ordenada secuencia de documentos y eventos referidos, como mínimo, a los últimos quince años, observa defectos y omisiones, debe solicitar del vendedor las oportunas explicaciones. Ha de contrastar, asimismo, el sumario con los documentos sumariados, solicitando igualmente las oportunas puntualizaciones en caso de discrepancia. Su función investigadora ha de ser lo más exhaustiva posible: comprobación de hechos relativos al objeto de la transmisión, del adecuado reintegro fiscal de los documentos en cuanto al Impuesto del Timbre, determinación de la existencia de situaciones arrendaticias, de servidumbres de uso, etc...

Uno de los aspectos esenciales de la investigación del título es el examen de los Registros (Search of Registers) - para detectar la posible existencia de cargas y derechos equitativos. Han de consultarse el Registro Inmobiliario de Plymouth, Departamento de Cargas Reales (Land Charges Department of the Land Registry at Plymouth) y los varios Registros Lo-

cales de Londres y de otros Ayuntamientos (Local Land Charges Act, 1975), a cargo estos últimos de funcionarios idóneos dependientes de las autoridades locales. Aplazamos el estudio de estas instituciones registrales hasta el apartado correspondiente al sistema registral inglés.

5^a.- Obligación del vendedor de formalizar el contrato inmobiliario sobre la misma propiedad que se comprometió a transmitir en el precontrato.

Recae sobre el vendedor la obligación de probar, si preciso fuere, que la finca que será objeto del contrato inmobiliario es sustancialmente la misma respecto a la cual se pactó el precontrato, en cuanto a clase, emplazamiento y cantidad.

Supuesto un precontrato conciso, modalidad precontractual en la que más fácilmente puede sobrevenir una falta de identidad cualitativa o cuantitativa en cuanto a la finca, - el vendedor, si ello ocurre, no puede compeler al comprador a la consumación del contrato, a menos que la diferencia cualitativa o cuantitativa sea insignificante y no haya habido mala fe por su parte (Cox v. Coventon, 1862; Re Arnold, 1880). En este último caso -ausencia de mala fe- los Tribunales pueden disponer la ejecución específica del contrato juntamente con la compensación idónea por razón de la diferencia existente (Rutherford v. Acton-Adams, 1915).

El comprador, ante eventos similares, goza de una posición jurídica más ventajosa que la del vendedor. Como regla general le está permitido tomar todo cuanto el vendedor le -

ofrezca en definitiva, sujetando las variaciones cuantitativas y cualitativas a modificaciones proporcionales del precio. Ahora bien, no puede obtener judicialmente el cumplimiento específico del precontrato si el inmueble que el vendedor está en condiciones de transmitir es completamente diferente del que se comprometió a vender, o la diferencia es de tal naturaleza que no es posible fijar compensación pecuniaria para ella, o cuando la decisión de específico cumplimiento puede resultar lesiva para terceros (Willmott v. Barber, 1880).

6ª.- Obligación del comprador de consumir el contrato.

Finalizada la investigación del título, el comprador ha de aceptar o rechazar el que se le hubiere ofrecido. Si lo rehusa quedan abiertas a ambas partes contratantes los remedios que ya hemos estudiado, a fin de defender judicialmente sus respectivos derechos. Por el contrario, si el comprador se declara satisfecho del título, el contrato debe ser consumado inmediatamente. Ello significa que incumbe al comprador la preparación, a sus expensas, de la escritura de contratación inmobiliaria y el pago del precio pactado. Del lado del vendedor, la consumación entraña el otorgamiento de la escritura y la entrega de la posesión del inmueble.

7ª.- Obligación del vendedor de entregar las escrituras que sirven de título.

Esta obligación que, en principio, afecta a todas las escrituras en que se plasma el título, está parcialmente limitada en situaciones concretas, como cuando el vendedor no transmite la totalidad del terreno objeto de dichos títulos o cuan

do en ellos se contiene un fideicomiso todavía subsistente. - En estos casos, se sustituye su entrega por un reconocimiento escrito del derecho del comprador a examinarlos y a obtener copias y una garantía de su segura conservación. Los gastos de un eventual examen u obtención de copias son de cuenta del comprador.

8ª.- Obligación de entregar la posesión libre de arrendamientos.

Finalmente, es implícita obligación contractual que la posesión que ha de ser transmitida al comprador, al consumarse el contrato (Cook v. Tylor, 1942), sea plena y absoluta, no limitada por arrendamiento alguno vigente, aunque sea de corta duración.

1.2.2. El contrato inmobiliario (the conveyance)

1.2.2.1. La escritura solemne como forma necesaria (necessity for a deed).

En la actualidad, la escritura solemne es forma obligada para la contratación de cualquier derecho real inmobiliario, si se pretende que el negocio jurídico en cuestión surta efectos en el ámbito del Derecho común. La generalización del sistema de escritura solemne parte de la Ley de Propiedad Inmobiliaria (Real Property Act) de 1845; hasta entonces únicamente era obligado el otorgamiento de escritura solemne cuando el negocio jurídico afectaba a los inmuebles por analogía o cosas inmuebles incorporables y heredables (incorporeal hereditaments) (v. cap. I, 5).

El criterio generalizador de la Ley de 1845 fue reafirmado por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925. El prescindir de la forma solemne en la escrituración del contrato inmobiliario lleva aparejada la sanción de ineficacia para -- transmitir la pertenencia legal o derecho inmobiliario legal en cuestión (es decir, no el equitativo).

La regla, sin embargo, no es tan absoluta que no admita excepciones. Veámoslas limitándonos a una simple enumeración de las mismas. Son las siguientes: transmisiones inmobiliarias de los bienes del causante en favor de los herederos o legatarios, efectuadas por los administradores-ejecutores de la herencia (personal representatives); renunciaciones de derechos inmobiliarios que, en determinadas circunstancias, efectúa el fiduciario o administrador de la quiebra, los cuales, unidas a una orden judicial, producen la transmisión de tales derechos y también, en general, la adjudicación de los derechos inmobiliarios del quebrado; arrendamientos reales por término inferior a tres años, que pueden contratarse incluso verbalmente; resoluciones judiciales que confieran la pertenencia legal como culminación de un procedimiento judicial; renunciaciones tácitas en favor del titular de un derecho futuro remanente o expectante a la pertenencia plena y, por último, -- la extinción de la hipoteca mediante pago de lo adeudado.

1.2.2.2. Concepto, naturaleza y modalidades de escritura solemne.

Como ocurre otras veces en Derecho inglés, tampoco resulta fácil dar una definición de escritura solemne. No obstante, puede decirse de ella que, en general, es un instru--

mento escrito, firmado, sellado y entregado por el transmisor o constituyente del derecho, en el cual expresa su voluntad de transmitir al adquirente y beneficiario de aquél, un derecho real inmobiliario.

La firma es requisito esencial en el caso de escritura otorgada por una persona física. Si el otorgante es una persona jurídica, se han de observar las disposiciones especiales, si las hay, contenidas en sus normas constitutivas. Pero, a fin de aliviar al comprador de la obligación de comprobar si tales particularidades han sido observadas, la Ley -- del Derecho de Propiedad de 1925, dispone que hay otorgamiento suficiente por parte de una persona jurídica si su sello aparece en el documento habiendo sido estampado en presencia y bajo el testimonio de su Oficial, Secretario, Diputado u -- otro Alto empleado permanente y un miembro de la Junta de Directores, Consejo de Administración u otro Organo de Gobierno de la persona social en cuestión.

La necesidad de que el sello del otorgante figure estampado queda satisfecha si, habiendo éste firmado en aquél con intención de suscribir una escritura solemne, aparece en el documento un lacre, una oblea u otra indicación de sello (Stromdale and Ball, Ltd. v. Burden, 1952).

La firma y el sello no son suficientes si no van seguidos de la entrega del documento. No basta una mera entrega física si no va acompañada de palabras o conducta del otorgante demostrativas de quedar vinculado por el contenido de la escritura, como por ejemplo, "entrego esto como mi escritura solemne" (I deliver this as my deed). Como demostración

de que una simple entrega física es insuficiente si no va unida a un reconocimiento explícito o implícito de su especial - eficacia jurídica, puede citarse el supuesto de una entrega - al abogado del otorgante, para que actúe en función de instrucciones que posteriormente se le han de dar.

Sin perjuicio o al margen de la simple entrega física, a la que terminamos de referirnos, y de su especial régimen jurídico, cabe distinguir entre entrega absoluta y entrega condicional (Foundling Hospital v. Crane, 1911). Esta última -la primera no requiere mayores precisiones- existe cuando el documento se recibe por una de las partes contratantes o por - un extraño (London Freehold and Leasehold Property Co. v. -- Baron Suffield, 1897), subordinando su eficacia, implícita o explícitamente, al cumplimiento de determinada condición. Esta modalidad de entrega ("escrow", en voz inglesa) hace ine- eficaz el contrato solemne hasta que la condición se cumple y lo torna eficaz, con efecto retroactivo al momento mismo de - la dación, cuando aquélla queda cumplida. La retroactividad de efectos distingue esta modalidad de entrega de la simple - entrega física, inoperante, según acabamos de ver, en cuanto presupuesto para la eficacia de la escritura (Vincent v. Premo Enterprises (Voucher Sales), Ltd., 1969; Beesly v. Hall-- wood Estates, Ltd. 1961; Windsor Refrigerator Co., Ltd. v. - Branch Nominees Ltd., 1961). Un ejemplo de entrega condicio- nada es la que realiza el vendedor a su abogado para que és- te, a su vez, entregue la escritura al comprador, previo pa- go del precio de la venta, aplazado por algún motivo. Si la compraventa no se completa en debida forma, el vendedor que- da liberado de su obligación, por lo que el abogado depositario ha de abstenerse de entregar la escritura.

Aunque la presencia de testigos (attestation) en la escritura solemne no constituye requisito esencial para su validez, es práctica invariable en el otorgamiento de escrituras la concurrencia de algún testigo que, asimismo, firma.

Las escrituras son unilaterales (deeds poll), es decir, otorgadas por una sola parte, por ejemplo, la constitución de un fideicomiso, o bilaterales (indentures), que son las otorgadas por dos o más contratantes, cual ocurre con la compra-venta.

En determinadas circunstancias resulta obligado que el adquirente en el otorgamiento de una escritura lo sea el propio otorgante, bien juntamente con otras personas (por ejemplo, cuando el fiduciario superviviente desea que la pertenencia legal recaiga en él y en un nuevo fiduciario), o bien él solo (por ejemplo, en el supuesto de que el administrador-ejecutor de la herencia se confiera a sí mismo la pertenencia legal en concepto de fideicomiso para venta; "Re Kings - Will Trusts", 1964). No obstante, la posibilidad de autocontratación está, genéricamente, excluida, según precepto de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

1.22.3. Forma de una escritura solemne de compra

Una prueba más de que el Derecho inglés y su doctrina científica son constitutivamente casuísticos y prácticos nos la suministra el hecho de que los textos de Derecho inmobiliario, imbuidos de dicho criterio, ofrecen ejemplos íntegros de escrituras-tipo, desmenuzando, paralelamente, los efectos producidos por cada una de las partes del documento. Vamos a -

seguirles, en cierta medida, por este camino expositivo, dando breve idea de las partes en que se articula una escritura (sin caer en la literalidad de un texto a modo de ejemplo, lo que nos parece innecesario e impropio) y glosando las características y efectos más salientes de cada uno de los apartados del documento.

El comienzo hace referencia, obligada en virtud de la -- Ley del Derecho de Propiedad, a la clase específica de contrato inmobiliario de que se trate: "Esta Compraventa" ("This -- Conveyance"), "Esta Hipoteca" (This Mortgage), "Este Arrendamiento" (This Lease), etc...

Inmediatamente después se mencionan la fecha y las par--tes intervinientes. De conformidad con lo indicado en el apartado precedente, cualquiera que sea la fecha mencionada en la escritura, el documento sólo surte efectos a partir de aqué--lla en que es firmado, sellado y entregado al beneficiario. En cuanto a las partes, una, dos o más, según la naturaleza del contrato, se identifican por sus nombres, domicilios y respectiva posición contractual.

Sigue la parte expositiva (recitals) que si bien no constituye un elemento imprescindible de la escritura, aparece -- generalmente inserta en ella con el fin de indicar su finali--dad y de determinar la situación jurídica precedente de la -- propiedad objeto de contratación.

Los exponendos narrativos (narrative recitals) son aque--llos cuya misión consiste en precisar la naturaleza del derecho inmobiliario que se está transmitiendo y si el vendedor

ostenta la titularidad de la pertenencia plena sin limitación alguna o hay alguna carga, por ejemplo, una hipoteca, - que haya de tenerse presente en el momento de la transmisión. De otro lado, los exponendos introductivos (introductory recitals) son los que se insertan a fin de explicar el objeto de la escritura, es decir, como ejemplo más común, la transmisión de la pertenencia plena.

Como consecuencia de la doctrina de los actos propios - (doctrine of estoppel), ha de ponerse especial cuidado en la redacción de los exponendos. Así, los redactados de forma -- precisa y concreta y claramente orientados a obligar a la -- persona que los hace, le vinculan así como a sus eventuales causohabientes. Por ello, si el vendedor se manifiesta dueño de la pertenencia plena, siendo ello incierto, pero adquiere tal derecho posteriormente, no puede negar, en tal momento, - su condición de dueño verdadero al otorgarse la escritura y, consiguientemente, la pertenencia plena pasa al comprador de acuerdo con la doctrina de la convalidación consecuencia de - la de los actos propios.

A continuación va la declaración o "testatum", que es - el comienzo de la parte operativa de la escritura, en términos que expresan y reiteran la clase de acto transitorio y su solemnización en presencia de testigos ("la presente escritura de compraventa testimoniada"). Formando parte de ella, en unidad de párrafo, consta la causa del contrato (the consideration), que en la compraventa es el precio de la misma y la carta de pago (the receipt clause) o justificante del precio recibido. La omisión de estas dos partes de la declaración - no produce la nulidad de la escritura, pero prácticamente no

se prescinde nunca de ellas, porque determinan con certeza - la base para el Impuesto de Transmisiones (stamp duty) y constituyen para el comprador la justificación de haber satisfecho el precio, dando seguridad sobre este extremo, sin necesidad de recibos adicionales, respecto a posteriores transmisiones.

La declaración concluye con la manifestación solemne de que "el vendedor, como dueño eficaz" (the vendor As Beneficial Owner)...., expresión que precede a las palabras operativas y que, en cuanto elemento del contrato, vienen a constituir la etapa final de un proceso histórico de sintetización de una serie de pactos que reflejaban las obligaciones del - vendedor. Los pactos que de forma implícita se estiman inducidos en tal manifestación ritual son: plenitud del derecho del vendedor a efectuar la contratación inmobiliaria en curso; - garantía de que el comprador no ha de ser perturbado en el - disfrute del derecho adquirido; libertad de cargas no manifestadas, es decir, que graven ocultamente la propiedad inmueble objeto del contrato y obligación del vendedor de asegurar complementariamente la plena efectividad del contrato, cumpliendo cuanto sea preciso en tal sentido.

Los pactos implícitos en virtud de Ley pueden variarse - mediante pacto expreso. Nos hemos referido a los que son inherentes a la escritura solemne de compraventa de la pertinencia plena, ejemplo en el que nos estamos apoyando principalmente. Cuando lo que se transmite es otro derecho inmobiliario, los pactos varían, de acuerdo con lo previsto por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

Los términos operativos (operative words) son aquéllos

de los que deriva inmediatamente su eficacia el contrato: -
"por la presente transmito en favor del comprador" (hereby
conveys unto the purchaser).

Las palabras o términos operativos van seguidos de la -
cláusula descriptiva del inmueble (parcel clause), cuyo obje-
to es dar una idea física del inmueble al que se refiere el
contrato. A veces, como documentos complementarios, se utili-
zan planos u otra escritura solemne donde se recoge la des-
cripción precisa. El comprador tiene derecho a los inmuebles
por incorporación y destino (fixtures) unidos al inmueble --
principal en el momento del contrato, aunque no se haga men-
ción expresa de ellos, y también a los demás derechos y bie-
nes inherentes al transmitido por el vendedor, incluidos los
edificios existentes.

La cláusula de adquisición (habendum clause) expresa --
que el comprador adquiere para sí mismo y no como fiduciario
de un tercero; refleja, en suma, la extensión y límites del
derecho que recibe el adquirente.

Cierran el documento, el otorgamiento (testimonium) que
se refiere a las firmas y sellos que siguen y el testimonio
(attestation clause) que da cuenta de la presencia de los --
testigos -generalmente, asume esta función el abogado inter-
viniente en la contratación- y los nombra.

2. TRANSMISIÓN "MORTIS CAUSA" DE LOS DERECHOS INMOBILIARIOS

- o - o - o -

Los mecanismos jurídicos que hacen viable la transmisión a herederos y legatarios del caudal relicto dejado por el causante, o lo que es igual, el sistema procesal a través del cual se hacen efectivos los derechos - sucesorios ya determinados en base a normas sustantivas, constituye una pieza del Derecho inglés cuyo estudio -- viene a completar una visión de conjunto del sistema de transmisión de los derechos patrimoniales en general y - de los inmobiliarios en particular.

Dentro de las legislaciones modernas se registran, en este punto, dos principales sistemas: uno el de aquellas legislaciones, como la nuestra y la generalidad de las latinas y germánicas, que atribuyen a la ejecución testamentaria una función secundaria y esencialmente subornada a la voluntad del testador; otro, el de las legislaciones anglosajonas que hacen de esta institución un engranaje capital en el mecanismo sucesorio, pues no admiten que el sucesor o sucesores puedan nunca liqui--dar la herencia, y encomiendan esta misión a un ejecu--tor o administrador nombrado por el testador o, en su - defecto, por la justicia. En el primero de los referidos sistemas, la ejecución testamentaria es, pues, una ins--titución voluntaria y de Derecho privado; en el segundo, constituye una institución necesaria y de Derecho público. Siguen el primer sistema las legislaciones europeas

continentales, tanto latinas como germánicas, y las de Iberoamérica; pertenecen al segundo sistema, en cambio, el Derecho inglés y el mejicano (CASTAN TOBEÑAS, CASTAN VAZQUEZ, BATISTA y VALLET; op. cit.; VI, 2º; págs. 340 y 341).

Analizando, desde otro punto de vista, las peculiaridades del Derecho inglés en este punto, cabría decir, siguiendo a KIRPATRICK (Initiation au Droit Anglais; -- pág. 248), que en dicho Ordenamiento jurídico la sucesión constituye, en todo caso, un patrimonio distinto del de los herederos. Este patrimonio se fija en el estado en que se hallaba al fallecer su titular y es liquidado en dicho estado. Es sobre este patrimonio y sólo sobre él que les está permitido a los acreedores resarcirse de sus créditos. Tal sistema, en suma, es el mismo al que universalmente se acude para liquidar las entidades dotadas de personalidad jurídica: a los liquidadores se les encomienda pagar las deudas y repartir el saldo activo neto entre los socios.

Bajo la rúbrica genérica de administradores-ejecutores (personal - representatives), nomenclatura que a nosotros nos parece preferible a la dual de administradores y ejecutores que utilizan los autores antes citados, es preciso distinguir los de designación testamentaria (executors) y los de nombramiento judicial (administrators). En ambos casos, el administrador-ejecutor de la herencia es la pieza clave de la sucesión ya que, en Inglaterra, los bienes no pasan del causante a sus sucesores. Son los administradores-ejecutores quienes -

reciben la titularidad plena de los bienes que integran el caudal relicto, si bien, como es lógico, se trata de una adjudicación de titularidad no incondicionada, sino subordinada al cumplimiento de la función que les está encomendada para la protección y ejecución de los derechos pendientes y futuros sobre el caudal hereditario.

Si el testador nombra administradores-ejecutores - de su testamento, éstos, para entrar en posesión de los bienes, necesitan homologación judicial de su cargo, -- probando el testamento en forma común o en forma solemne. Esta última es obligatoria cuando se suscita oposición a la validez del testamento o es probable que la misma se suscite. Pero si el causante fallece sin haber nombrado administrador-ejecutor, lo que puede ocurrir -- aun cuando haya otorgado testamento, cualquier interesado en la herencia puede instar del Tribunal competente el nombramiento de administradores-ejecutores, cuya función es sustancialmente la misma que las de los de origen testamentario. El número de administradores-ejecutores, tanto testamentarios como judiciales, no puede pasar de cuatro con respecto a la misma herencia o con -- respecto al mismo grupo de bienes, caso de que se designen administradores-ejecutores distintos para la propiedad personal y para la real.

Sus funciones son amplísimas y abarcan desde el pago del Impuesto Sucesorio hasta las últimas disposiciones necesarias para el cumplimiento de la voluntad del causante o de las normas sucesorias, caso de no existir aquélla; el administrador-ejecutor entra en posesión de

los bienes y está facultado para venderlos, gravarlos, - incluso hipotecándolos, y arrendarlos. Pueden, en principio, ejercer sus poderes solidariamente, salvo en casos especiales, como el de la existencia de menores intere-- sados en la herencia o el de actos dispositivos sobre -- bienes, que exigen la intervención mancomunada y, en de-- fecto de la misma, autorización judicial.

Ambas modalidades de administradores-ejecutores es-- tán legalmente asimilados, en su estatuto jurídico, a -- los fiduciarios para venta, si bien los de nombramiento judicial de forma más clara ya que pueden aplazar cuanto sea necesario las ventas precisas, sin estar sujetos al plazo que, para completar su actuación, suele fijar el -- testador a los designados por él. Cuando las deudas quedan satisfechas, la obligación de los administradores-eje-- cutores, cualquiera que sea su clase, es la de distribuir el caudal relicto entre los llamados a la herencia.

Con los nombres de albaceas o testamentarios se de-- signan, en Derecho español, a aquellas personas que nom-- bran los testadores para asegurar el cumplimiento de sus últimas voluntades. El albaceazgo es, en suma, la función dirigida a la ejecución de las últimas voluntades.

Aunque en sentido estricto sólo son albaceas los -- designados por el testador, en sentido amplio se distin-- guen tres especies de albaceas: testamentarios, legíti-- mos y dativos. La existencias de albaceas legítimos se -- infiere, en nuestro Derecho, del artículo 911 del Código -- conforme al cual, cuando termina el albaceazgo por las --

causas legalmente determinadas, o cuando el albacea testamentario no acepta el cargo, corresponde a los herederos la ejecución de la voluntad del testador. A estos - casos hay que equiparar, indudablemente, el de que el - testador no haya nombrado albacea. Según la doctrina -- (Sánchez Román, Valverde), cuando los herederos ejerzan las funciones de albaceas legítimos, han de ajustarse - en el desempeño de su cargo a las prescripciones del albaceazgo, y tienen las mismas facultades y responsabilidades que los demás albaceas.

La existencia de los albaceas dativos resulta del artículo 966 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que, a propósito de los abintestatos en que el finado no deje - descendientes, ascendientes o colaterales dentro del -- cuarto grado, ni cónyuge legítimo que hubiere vivido en su compañía, ordena al Juez que nombre un albacea dativo que se encargue de disponer el entierro, exequias y todo lo demás que sea propio de este cargo, con arreglo a las leyes (v. CASTAN TOBEÑAS, CASTAN VAZQUEZ, VALLET y BATISTA; op. cit.; pág. 351 y 352).

Está reconocida en el Código civil la distinción - entre albaceas universales y particulares, pero no se - precisan los respectivos conceptos. Hay que entender, - nos dicen los autores antes citados (pág. 353), que se - rán particulares los albaceas cuando el testador sólo - les señale determinadas funciones, o cuando, por no haber señalado ninguna, tengan aquéllos las legales que detallan los artículos 902 y 903, y universales, cuando - el testador les autorice para el cumplimiento total del testamento hasta dejar ultimada la sucesión.

Sienta el Código la regla general de que los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya - concedido el testador y no sean contrarias a las leyes - (art. 901). Con tal que estas atribuciones sean expresas y no vayan contra las leyes, pueden ser las mismas que - tuviera el testador, desde el pago de deudas y legados - hasta la formación de la partición, y la toma de posesión de los bienes para distribuirlos entre los herederos, no teniendo más limitaciones que la de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos.

No señalando especialmente el testador las facultades de los albaceas, les concede el Código las de disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador; satisfacer los legados que consistan en metálico, con el - conocimiento y beneplácito del heredero; vigilar sobre - la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera - de él; tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes y, finalmente, la facultad de promover la venta de los bienes muebles y, no alcanzando éstos, de los bienes inmuebles que sean necesarios para el pago de funerales y legados. Se trata, en definitiva, de un cuadro bastante limitado e irrelevante de atribuciones que sólo con la prudente previsión de los testadores puede quedar completado.

Junto a la figura del albacea contempla nuestro Código civil la del comisario que es la persona a la que - el testador puede encomendar, por acto "inter vivos" o -

"mortis causa", para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición (art. 1057, 1º), sin que dicha condición pueda recaer en uno de los herederos.

El Código civil recoge esta figura en precepto aparte de los dedicados a los albaceas. Pero como no regula adecuadamente la institución, la falta de normas legales ha tenido que ser suplida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que viene equiparando, por virtud de la semejanza que guarda, el cargo de contador o comisario al de albacea. En realidad, se trata de cargos distintos, por la función especial que se les encomienda: - al contador hacer la partición, y al albacea, todo lo demás conducente a la ejecución del testamento, menos contar y partir. Pero esta distinción no es obstáculo para que el testador, en uso de la autorización que le otorga el artículo 901, pueda encomendar al albacea la facultad de hacer la partición. En tal caso será además de albacea, contador-partidor (CASTAN, VI, 1; págs. 274 y 275).

Tanto respecto al albacea como al contador-partidor, hay que reconocer que el testador puede, con arreglo a los artículos 892 y 894 del Código, nombrar uno solo o varios, y en este segundo caso puede instituirlos como sucesivos o como simultáneos, pudiendo designarse a estos últimos con mancomunidad simple (de tal modo que hayan de actuar de común acuerdo o por mayoría), o con mancomunidad solidaria (de forma que cada uno esté facultado para actuar con independencia de los demás).

./.

Ahora bien, el cumplimiento de la voluntad del legislador o del testador, tratándose de sucesión testada, tiene, en Derecho español, múltiples cauces que constituyen alternativa a la intervención de contadores y albaceas y que, consiguientemente, minimizan el papel institucional de éstos.

Así, la partición extrajudicial puede ser testamentaria, es decir, hecha por el mismo testador o por comisario designado por él, y convencional, llevada a cabo directamente por los herederos o por contadores designados por ellos.

Por su parte, la partición judicial puede realizarse en juicio de testamentaría, de abintestato y en ejecución de sentencia pronunciada en juicio declarativo.

Finalmente, agotando con esta cita las principales formas de partición posibles, la partición puede ser mixta, que es aquélla en que se exige aprobación judicial (por intervenir menores o asimilados a ellos) y también aquéllas en que se solicita voluntariamente la aprobación del juez.

En definitiva, el sistema hispano de transmisión "Mortis causa" de derechos patrimoniales es más liberal y flexible que el inglés, actitud de principio que conlleva, necesariamente, una complejidad que está ausente del sistema relativamente sencillo que se sigue en Inglaterra.

Constituiría una desviación importante del propósito general del presente trabajo la inclusión en él de un estudio - del Derecho sucesorio inglés, singularmente de las normas reguladoras de la sucesión testada e intestada en su vertiente sustantiva. En principio, tales normas son comunes a la propiedad personal y real, sin perjuicio de ciertas peculiaridades propias de esta última, de valor casi exclusivamente histórico, como consecuencia del criterio unificador en que se inspira la legislación moderna en materia sucesoria. Su arquitectura básica está constituida por la Ley de Testamentos -- (Wills Act) de 1837, la Ley de Sucesiones (Inheritance Act) y la de Viudedad (Dower Act), ambas de 1833, las Leyes de Administración de Propiedades (Administration of Estates Act) de 1925 y 1971, la de Previsiones Familiares en la Sucesión (The Inheritance - Family Provision - Act) de 1938, actualizada por las de Propiedades Intestadas (Intestates Estates Act) de 1952, Previsiones Familiares (Family Provisions Act) de 1966 y la de Reforma del Derecho Familiar (Family Law Reform Act) de -- 1969, siendo importante también la Ley de Causas y Bienes Matrimoniales (Matrimonial Proceedings and Property Act) de -- 1970, entre otras.

Todo este cuerpo de leyes, así como la abundante doctrina jurisprudencial elaborada en torno a ellas, constituyen la parte del Derecho sucesorio en cuya virtud se determinan quienes son los herederos y legatarios llamados a la correspondiente herencia. Ahora bien, este aspecto del Derecho sucesorio, no obstante ser básico, no es el único. Una vez determinados los beneficiarios del hecho sucesorio, es preciso conocer la mecánica jurídica en cuya virtud quedan los herederos y lega-

tarios investidos de sus derechos, es decir, la forma en que - se consuma la transmisión prevista por aquellas normas sustantivas.

El procedimiento a través del cual la propiedad real, al igual que la personal, pasan de manos del causante a las de los herederos, es decir, el sistema que hace efectivos los de rechos sucesorios ya determinados, requiere nuestra atención en cuanto constituye una pieza que viene a completar, en sus aspectos más destacados, una visión de conjunto del sistema - general de transmisión de los derechos inmobiliarios.

2.1. Los administradores-ejecutores de la herencia (personal - representatives); concepto, clases y nombramiento.

La regla general actualmente en vigor es la de que la ti tularidad de todas las propiedades del causante, tanto reales como personales, se confiere en primer término a los administra dores-ejecutores de la herencia, quienes en la forma y plazo debidos están obligados a transmitir a los herederos todo el - caudal relicto que no sea preciso retener a los efectos de ad ministrar correctamente el patrimonio hereditario, para el pa- go de deudas, como ejemplo de más relieve.

Bajo la rúbrica genérica de administradores-ejecutores - (personal-representatives) es preciso distinguir los de desig nación testamentaria (executors) y los de nombramiento judi-- cial (administrators).

El testador puede, sin estar obligado a ello, designar - una o más personas para que sean administradores-ejecutores de su herencia, con la obligación de pagar sus deudas, cuota del

Impuesto Sucesorio, gastos funerarios y, finalmente, distribuir sus bienes entre quienes tengan derecho a participar de ellos en calidad de herederos. El origen de las facultades de los nombrados es el testamento (Biles v. Caesar, 1957), si bien han de confirmar su cargo mediante la prueba del mismo (proving the will) ante el Tribunal competente. Si fallece el único administrador-ejecutor nombrado testamentariamente o el que finalmente sobreviva de entre los varios nombrados, habiendo nombrado a su vez administrador-ejecutor de su herencia, éste, probando el testamento del administrador-ejecutor anterior, queda investido del cargo respecto de ambas herencias. Esta cadena de representaciones testamentarias puede continuar indefinidamente hasta que se rompa por falta de nombramiento de un determinado administrador-ejecutor que asuma el cumplimiento de las funciones de quien dejó inconclusa su labor o cuando alguno de los nombrados no consigue obtener la homologación judicial de su cargo.

Inicialmente eran competentes para homologar los cargos de administradores-ejecutores testamentarios, los Tribunales eclesiásticos, pero la competencia pasó a los Tribunales civiles a partir de 1858. La homologación puede ser común (probate in common form) o solemne (probate in solemn form), conceptos que son equivalentes a los nuestros de jurisdicción voluntaria y contenciosa. Esta última es obligatoria cuando se suscita oposición a la validez del testamento, o es probable que la misma se suscite; la acción la pueden ejercitar los eventuales interesados en el testamento o el administrador-ejecutor nombrado. De otra parte, si se incoa un procedimiento legal sobre la validez del testamento, el Tribunal puede nombrar un administrador "litis pendente", que tiene todas las facultades de un administrador-ejecutor judicial,

excepto la de distribuir el patrimonio hereditario neto entre los presuntos herederos.

Si el causante fallece sin haber nombrado administrador-ejecutor (recordemos que esto puede ocurrir aun cuando haya otorgado testamento), o si ninguno de los designados es capaz para el ejercicio del cargo, o siéndolo no lo acepta, -- cualquier persona interesada en la herencia puede instar del Tribunal competente el nombramiento de uno o varios administradores-ejecutores judiciales (administrators), cuyas funciones son sustancialmente las mismas que las de los de origen testamentario. El nombramiento judicial es simple (simple administration) cuando el causante fallece intestado, y "cum testamento annexo" en el supuesto contrario; ambos son, sin embargo, de carácter general, por lo que se contraponen a las funciones de administración y ejecución conferidas con carácter especial, como las que se refieren exclusivamente a la propiedad vinculada (settled land) o hacen excepción de ella, o aquéllas cuya vigencia queda limitada al período de minoría de edad del único administrador-ejecutor nombrado -- testamentariamente ("durante minore aetate" of the sole executor). Respecto a los administradores-ejecutores de índole judicial no es posible el encadenamiento de representaciones. Si el último o único superviviente fallece sin haber ultimado su labor, es preciso instar un nuevo nombramiento de administrador-ejecutor de "bonis non administratis".

El criterio que han de seguir los Tribunales para expedir el título de administrador-ejecutor (letters of administration) es discrecional, si bien se trata de una discrecionalidad reglada de la que han de usar con sujeción a determinados criterios generales contenidos en la Ley de Judicatura

(Judicature Act) de 1925 modificada por la de Administración de Justicia (Administration of Justice Act) de 1928. Como -- principio general se han de tener presentes los derechos de todas las personas interesadas en el patrimonio hereditario, principio que, jugando conjuntamente con otros de carácter -- particular, permite a los Tribunales decidir en función de -- las circunstancias del caso. El Tribunal puede limitar su concesión de cualquier modo que estime oportuno, nombrando, por ejemplo, administradores-ejecutores distintos para la propiedad personal y para la real.

Hasta que, en ~~ende~~ enero de 1872, entró en vigor la Ley de -- Administración de Patrimonios Hereditarios (Administration -- of Estates Act) de 1971, todo administrador-ejecutor judicial estaba obligado a prestar garantía de su gestión (administration bond) consistente en una escritura solemne en la que se comprometía a satisfacer una multa del doble del patrimonio -- administrado si incumplía los deberes inherentes a su cargo: formación de inventario, buena administración, rendición de -- cuentas y devolución de su credencial si aparecía un testa--mento, etc... La constitución de tal garantía ha sido aboli--da por la citada ley de 1971, estableciendo en su lugar la -- garantía de uno o más fiadores en aquellos casos en que los acreedores o herederos del patrimonio del causante necesiten protección especial; la responsabilidad de los fiadores se -- limita al valor bruto del patrimonio hereditario. Aunque el administrador-ejecutor judicial no comienza sus funciones -- hasta que se le concede la pertinente credencial, los efec--tos de la misma son retroactivos a fin de que pueda ejerci--tar las oportunas acciones contra quienes hayan dañado el --

caudal hereditario en el interín entre la muerte del causante y el nombramiento de aquél.

El número de administradores-ejecutores, tanto testamentarios como judiciales, no puede pasar de cuatro con respecto a la misma herencia. Si por el testador son designados -- más de cuatro, los nombrados deben decidir quienes, en número no superior al indicado, podrán acudir al Tribunal para -- solicitar la homologación de su nombramiento.

Contrariamente a lo preceptuado respecto a los fiduciarios para venta, a los cuales, como enseguida veremos, se -- asimilan en cuanto a facultades, los administradores-ejecutores de la sucesión testamentaria están facultados, individualmente, para dar recibo del precio de bienes vendidos, así como de cualquier otro pago legítimo. Pueden, pues, en principio, ejercer sus poderes solidariamente. En casos especiales, como cuando hay un menor interesado en la herencia o hay personas llamadas a ella como titulares vitalicios, el Tribunal competente ha de nombrar cuando menos dos administradores-ejecutores judiciales mancomunados, a menos que el único nombrado sea una Sociedad fiduciaria (trust Corporation). En análogos supuestos de hecho puede haber un solo administrador-ejecutor testamentario, sin perjuicio de la facultad judicial -- discrecional de nombrar otro u otros para que actúen mancomunadamente. En cuanto al ejercicio mancomunado o solidario de las facultades de ambas clases de administradores-ejecutores, téngase en cuenta, finalmente, que tanto el testador como -- los Tribunales tienen amplio criterio discrecional para determinar la forma de actuación de quienes resulten designados, todo ello sin perjuicio de la mancomunidad obligatoria para el ejercicio de facultades dispositivas respecto a bienes inmuebles, a la que luego nos referiremos.

2.2. Facultades de los administradores-ejecutores de la herencia.

Todo administrador-ejecutor de la herencia, así testamento como judicial, debe realizar inventario y balance tanto de la propiedad personal como de la real del causante, pudiendo ser obligado, a instancia de persona interesada en la herencia, dirigida al Tribunal competente, a que dé cuenta, bajo juramento, del resultado de dichas operaciones.

A renglón seguido figura la obligación de recaudar todo cuanto pertenezca al patrimonio del causante, realizando inversiones con los elementos patrimoniales que no sea aconsejable conservar, recobrando préstamos cuya garantía sea meramente personal y reclamando, incluso, la cancelación de préstamos hipotecarios en función de alguna necesidad testamentaria justificada. Todas las acciones judiciales cuya titularidad ostentase el causante pasan a él, excepto las de naturaleza puramente personal, como las relativas al honor de las personas y las que sean consecuencia de la extinción de los contratos de arrendamiento de servicios domésticos.

Reunido y controlado el activo patrimonial del causante, el administrador-ejecutor ha de proceder al pago de las deudas que lo graven. A tal fin, está legislado que tiene plenas facultades para disponer tanto del activo puramente personal como del real. En uso de tan amplias facultades dispositivas pueden segregar o dividir inmuebles, vender, hipotecar y, en determinadas condiciones, constituir arrendamientos reales y rentas censales. En suma, el significado de las amplias facultades dispositivas que se le atribuyen es el de -

./.

que se les adjudica la titularidad de los derechos del causante, incluso inmobiliarios, si bien con algunas excepciones, -- como la de los derechos limitadamente heredables, derechos -- reales vitalicios y cualquier otro derecho que se extinga con la muerte de su titular, participación en comunidades en mano común y derechos que el fallecido tuviere en cuanto miembro -- único de una persona jurídica (corporation sole).

De todos modos, esta adjudicación de titularidad no es -- ilimitada, ya que se encuentra subordinada al cumplimiento de la función protectora y ejecutora de los derechos pendientes y futuros sobre el caudal hereditario. Además, los actos dispositivos sobre bienes inmuebles han de efectuarse con la concurrencia de todos los acreditados en el cargo y, en defecto de la misma, previa autorización judicial, forzosa actuación mancomunada que no es precisa respecto a la propiedad personal. Otro tope impuesto a la transmisión de los derechos del causante por los administradores-ejecutores es el de los bienes legados específicamente. Por el contrario, los herederos llamados genéricamente a la herencia no tienen derecho específico sobre éstos o aquellos elementos del caudal hereditario. Unicamente pueden compeler al administrador-ejecutor a que ejerza sus funciones adecuadamente (Commissioner of Estate Duty-Queensland v. Livingston, 1965; Eastbourne Mutual -- B.S. v. Hastings Corporation, 1965).

El estatuto jurídico de los administradores-ejecutores testamentarios está legalmente asimilado al de los fiduciarios para venta (v. 1.4., parte II, capítulo III), en cuanto a la facultad para cancelar cargas equitativas mediante -- consignación liberatoria de su importe (to overreach equitau

ble interests) y, en general, para ejercitar las facultades atribuidas legalmente a dichos sujetos jurídicos. De todos modos, los administradores testamentarios suelen estar sujetos, por voluntad del causante, a un plazo corto (generalmente un año desde el fallecimiento del causante; "executor's - year") para ultimar su misión.

La misma Ley de Administración de Pertenencias (Administration of Estates Act) de 1925, que establece tal asimilación, también se refiere a los administradores-ejecutores judiciales mostrándose respecto a ellos más explícita, ya que los hace titulares de un fideicomiso para venta de origen legal (v. 1.4.4., parte II, capítulo III). Consiguientemente, el administrador-ejecutor judicial de la herencia tiene plena facultad para posponer indefinidamente la venta de bienes muebles e inmuebles que sean parte del caudal relicto, punto en el que reside la principal diferencia con el régimen jurídico aplicable a los administradores de origen testamentario. Cuando todas las deudas del causante quedan satisfechas, el dinero resultante de las ventas e inversiones realizadas con su producto, así como cualquier propiedad que no se hubiere vendido, son distribuidos entre los herederos legales.

Las facultades dispositivas del administrador-ejecutor revisten tal solidez que, aunque sólo pueden vender la propiedad inmueble a fin de atender a la administración del patrimonio hereditario, un contrato o escritura solemne en favor de un comprador de buena fe no es anulable por razón de que todas las deudas y responsabilidades de la herencia estuviesen saldadas al efectuarse la transmisión, como tampoco es anulable sólo porque después de su otorgamiento se revocase el nombramiento del administrador-ejecutor que lo hubiere solemnizado.

Cuando las deudas quedan satisfechas, la obligación del administrador-ejecutor es la de distribuir el caudal relicto entre los llamados a la herencia. Antes de proceder a esta - operación final, y como cautela contra cualquier eventual reclamaración que posteriormente pudiera dirigirse contra él - por razón de deudas ocultas, está facultado para publicar -- avisos dando cuenta de la posibilidad de que dichas deudas - sean reclamadas. Hecho esto, debe proceder a transmitir las propiedades del causante, preferiblemente mediante escritura solemne si se trata de la pertenencia plena o de cualquier - otro derecho cuyo traspaso requiera esta forma solemne.

La transmisión en favor de los herederos no extingue, - sin embargo, los derechos pendientes de eventuales acreedo--res, quienes pueden dirigirse a los Tribunales para que ta--les derechos se hagan efectivos por y a cuenta de los heredereros adjudicatarios.

3. PRESCRIPCION EXTINTIVA DE LOS DERECHOS INMOBILIARIOS (limi tation).

- o - o - o -

El transcurso del tiempo constituye, tanto para el Derecho inglés como para el español, un hecho natural de los más destacados, productor de numerosos efectos jurídicos, bien por sí solo, bien juntamente con otras circuns
tancias.

Entre los múltiples efectos que el tiempo produce, afectando al nacimiento y a la pérdida de los derechos, vamos a ocuparnos exclusivamente de los que se derivan de su concurso con otros factores, dando lugar a la adquisición de ciertos derechos, como consecuencia de su ejercicio ininterrumpido y, principalmente, a la extin
ción de los mismos, por efecto de su no ejercicio conti
nuado. Es decir, a las instituciones de la usucapión y de la prescripción extintiva.

Acotando aún más el tema de nuestro estudio, mediante la fijación de los límites de su desarrollo, dirigiremos el foco de nuestra atención, de forma predo
minante, hacia la prescripción extintiva de los derechos inmobiliarios, con alguna referencia marginal, de valor predominantemente comparativo, a la usucapión.

La obligada diferenciación entre prescripción ex
tintiva y prescripción adquisitiva o usucapión tiene, - en Derecho inglés, un carácter muy distinto del que pre

senta en Derecho español. Como ya quedó dicho en el capítulo II, la usucapión es, en líneas generales, un cuerpo extraño dentro del Ordenamiento jurídico inglés. Su objeto es reducidísimo, ya que no afecta a los derechos reales, ni mobiliarios ni inmobiliarios, con la única excepción de las servidumbres de uso y disfrute que pueden -- ser adquiridas mediante posesión continuada durante un -- cierto tiempo, con arreglo a un sistema "sui generis", -- que ya hemos tenido ocasión de estudiar (v. 3., parte -- III, de este capítulo) y cuya semejanza con la usucapión romana e hispánica es más aparente que real. La limitadísima y especial utilización que se hace de la prescripción adquisitiva en Derecho inglés, es consecuencia del peculiar concepto y efectos de la posesión inglesa de inmuebles (seisin) a la que nos hemos referido con algún -- detalle en el apartado 3 del capítulo II. De todas formas, si bien es cierto que el Ordenamiento inglés carece de un equivalente formal y general de nuestra usucapión, hay ciertos elementos de ésta que se han integrado en su concepción de la prescripción extintiva, atribuyéndole -- unos efectos positivos que en nuestro Derecho se alcan--zan mediante la usucapión.

Muy distinto es el planteamiento que de la usucapión hace el Derecho español. Nuestro Código civil asigna a -- la prescripción una doble función que entraña, en realidad, dos instituciones diferentes. De una parte regula -- la adquisición de la propiedad y los demás derechos reales (usucapión o prescripción adquisitiva) y de otra determina la extinción de los derechos de cualquier clase

que sean (prescripción extintiva o prescripción de acciones). Nuestro Código, a pesar de admitir la teoría unitaria de la prescripción, no se atreve a dar una definición genérica de la misma y se limita a poner de manifiesto el objeto o función de cada una de sus dos especies en estos términos: "Por la prescripción se adquieren, de la manera y en las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. También se extinguen, del propio modo, por la prescripción, los derechos y las acciones de cualquier clase que sean" (art. 1930) (CASTAN y DE LOS MOZOS; op. cit. I, 2º; pág. 831).

Tras este breve capítulo de generalidades en común, cuyo reflejo normativo son los artículos 1930 a 1939 del Código civil, ambas instituciones se bifurcan en sendas ramas, que son objeto de tratamiento separado en nuestro Código. La usucapión está regulada en los artículos 1940 a 1960.

Un estudio de las normas dedicadas a esta institución, necesariamente sucinto, permite definirla, de acuerdo con PUIG BRUTAU (Fundamentos de Derecho Civil; III, 1º; pág. 360), como modo de adquisición del derecho de propiedad (o de otro derecho real susceptible de posesión) mediante el uso de la cosa como si fuese propia. Es un modo de adquirir que se basa en la continuación de la posesión durante el plazo de tiempo y con la concurrencia de los demás requisitos que exige la ley. La usucapión, puede ser ordinaria (tres años para los bienes muebles y diez años entre presentes y veinte entre ausentes para los inmuebles) y extraordinaria (seis para los muebles -

y treinta para los inmuebles). La mayor brevedad del plazo exigido para la primera viene compensado con la necesaria concurrencia de los requisitos de justo título y buena fe.

Nuestra doctrina y normativa civil sobre la prescripción adquisitiva, en cuanto institución de valor general para los derechos reales, tanto mobiliarios como inmobiliarios, carece por completo, según ya quedó dicho, de equivalente en Derecho inglés. Por ello, en este terreno, hay que descartar toda posibilidad de comparación rigurosa entre ambos sistemas jurídicos.

El equivalente inglés de nuestra prescripción extintiva de derechos y acciones es la institución cuya denominación aborígen es "the limitation". Su régimen jurídico anterior a 1833, fecha en que se promulgó "the Real Property Limitation Act", que refundió y simplificó las dispersas normas anteriores, se basaba excesivamente en el criterio discrecional de los jueces, incluso en aspectos tan sustantivos como la determinación del plazo necesario para que la institución produjera sus propios efectos. El sistema fue finalmente consolidado y modificado por la Ley de Prescripción Extintiva de 1939.

Con carácter general rige el plazo máximo de doce años, dentro del cual son ejercitables todas las acciones para recuperar o defender los derechos inmobiliarios amenazados de extinción por su no ejercicio. Este plazo puede verse reducido a la mitad, en situaciones peculiares que pueden afectar a ciertas acciones reales, según veremos más adelante.

Hay, además, ciertas especialidades subjetivas que son base para la aplicación de un plazo extraordinario de treinta años. Son estas las acciones que amparan derechos inmobiliarios cuya titularidad ostenta la Corona (el Estado, en suma) y las personas jurídicas de carácter espiritual o caritativo, integradas por una sola persona física (spiritual or eleemosnary Corporation sole), como los Obispos o Patronos de un hospital. Hay que pensar que esta -- excepción concierne exclusivamente a los bienes de propiedad privada cuyos dueños sean dichos titulares, con exclusión de los de dominio público, es decir, adoptando el léxico español, los destinados al uso y servicio público o al fomento de la riqueza nacional, que se caracterizan -- por su inalienabilidad e imprescriptibilidad mientras estén asignados a la finalidad pública y en la medida en que esta finalidad pública lo exija. Quedan, de este modo, -- alineados ambos Ordenamientos jurídicos porque también en el nuestro son derechos imprescriptibles los que están -- fuera del comercio y no son susceptibles de disponibilidad por los particulares. Sobre esta exclusión de buen sentido, puede deducirse del artículo 1936 que tiene -- aplicación a la prescripción extintiva igual que a la adquisitiva (v. CASTAN y DE LOS MOZOS, op. cit.; 1,II, pág. 839).

Dice el artículo 1961 de nuestro Código que "las -- acciones prescriben por el nuevo lapso de tiempo fijado por la ley". Pero no es completamente exacto que el tiempo sea el único elemento de la prescripción extintiva. En realidad, tres son los requisitos de ésta: 1º la existen-

cia de un derecho que se pueda ejercitar; 2º la falta de ejercicio o inercia por parte del titular; y 3º el transcurso del tiempo determinado en la ley, que varía según los casos (CASTAN y DE LOS MOZOS; op. cit., I, 2º, pág. -- 840). La inactividad del derecho es una expresión sintética que, aun a riesgo de que sea tachada de literalmente -- inexacta, aceptan nuestros autores. Con ella se quiere -- significar, como nos recuerda ALBALADEJO (op. cit., I, 2º, pág. 452), que no haya habido ejercicio de la acción ante los Tribunales, ni reclamación extrajudicial del titular del derecho, ni reconocimiento del mismo por el sujeto pasivo. También se usan otras expresiones por la doctrina o por la jurisprudencia para expresar este concepto. Por -- ejemplo, "silencio de la relación jurídica" (así la sen-- tencia de 17 de marzo de 1961).

A estos tres requisitos añade el Derecho inglés otro de la mayor importancia, que está ausente de la prescripción extintiva inmobiliaria en nuestro sistema. El plazo, que luego diremos, no empieza a contarse a menos que haya alguna persona que, en perjuicio del titular del derecho inmobiliario, ostente posesión adversa. Es decir, que el plazo no corre porque la posesión del predio esté simplemente vacante. Ha de haber carencia de posesión por el titular-demandante y posesión contraria a su derecho, en favor del demandado.

Fácilmente se advierte en este requisito la presencia, siquiera sea embrionaria, de la usucapión hispano-- romana en el concepto de prescripción extintiva inglesa.

Sin la concurrencia de la posesión contraria a la del titular, los mecanismos prescriptivos no entran en funcionamiento. Por ello, y por otros argumentos relacionados con los efectos de esta institución, "the limitation" inglesa es, en cierta medida, una síntesis de ambas prescripciones hispanas, la adquisitiva y la extintiva, si bien el resultado final de esta simbiosis ha quedado claramente escorado en favor de la extintiva.

Hay en el Código tipos distintos de prescripción para las acciones reales y para las personales y, dentro de las primeras, para las que recaen sobre bienes muebles y para las que recaen sobre bienes inmuebles. Además, existen en cada una de estas categorías prescripciones ordinarias y prescripciones especiales.

De acuerdo con el objeto de nuestro estudio, nos referiremos exclusivamente a la prescripción de las acciones reales sobre bienes inmuebles. Prescriben estas acciones, de conformidad con el artículo 1963, a los treinta años, salvo en el caso de que por el transcurso de los diez o veinte años se haya consumado la prescripción adquisitiva ordinaria, produciendo "ipso facto" la extinción de la acción.

La acción hipotecaria, según el artículo 128 de la Ley especial y el 1964 del Código civil, prescribe a los veinte años contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito. Las acciones posesorias (para recuperar o retener la posesión) prescriben por el transcur-

so de un año según el precepto del artículo 1968, núm. 1º, del Código, concordante con el artículo 460 del mismo y - con el 1653 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Nuestro Derecho, a diferencia del inglés, carece de - especialidades subjetivas que, por razones de fuero personal, motiven el alargamiento del plazo de la prescripción extintiva inmobiliaria. Tal especialidad sería, por otra parte, ilógica ya que se iría a plazos excesivamente dilatados si se alargara el normal de treinta años fijado por nuestro Código y que, en duración, coincide con el extraordinario que rige en Inglaterra. Lo que sí contiene nuestro Ordenamiento jurídico, pero no el inglés, son especialidades objetivas, como la de la acción hipotecaria (sujeta, para los ingleses, a la norma común) y la de las acciones posesorias (inexistentes en Derecho inglés). Lo que - sí resulta evidente es que las leyes inglesas son más rigurosas que las españolas con la negligencia del titular de derechos inmobiliarios. Su no ejercicio durante un plazo inferior a la mitad del que rige entre nosotros, puede ser de consecuencias irreparables para el despreocupado dueño del derecho inactivo.

El cómputo del plazo, en perjuicio del titular del - derecho y eventual demandante, se inicia en la fecha en - que él, o la persona de la cual traiga causa su derecho, queden facultados para el ejercicio de la acción defensiva contra el usurpador. Desarrollando este principio general, y a la vista de la complejidad institucional del Derecho inmobiliario inglés, la Ley de Prescripción Extinti

va contiene normas específicas para determinar, en una serie de supuestos, la fecha exacta a partir de la cual debe realizarse el cómputo.

Tratándose de derechos presentes, el plazo comienza a contarse en contra del titular del derecho inmobiliario desde el momento en que otra persona inicia una posesión adversa sobre el predio. Ahora bien, si el titular del derecho inmobiliario amenazado de prescripción no llega a adquirir la posesión del mismo --o no percibe renta alguna, caso de que el derecho constituido sea una renta censal-- el plazo prescriptivo comienza a correr desde la fecha del otorgamiento de la escritura de adquisición --del derecho.

Si lo que corre peligro de prescripción extintiva --es un derecho futuro, remanente o expectante, son de --aplicación, alternativamente, uno de estos dos diferentes períodos: doce años desde el comienzo de la situación posesoria adversa o seis desde el momento en que el derecho futuro se transforma en presente, siendo preferible, entre ambos plazos, el de más larga duración.

Son varios los supuestos a considerar respecto a la eventual prescripción extintiva de los derechos equitativos nacidos de una vinculación estricta o de un fideicomiso para venta. La conducta del fiduciario poseedor que menoscabe o desconozca fraudulentamente los derechos de los beneficiarios, es decir, las acciones que éstos puedan ejercitar para exigir las responsabilidades derivadas de dicha conducta, son imprescriptibles. Pero si la

conducta del fiduciario consiste en infringir obligaciones que le afectan menos gravemente (p.ej. la realización de una inversión no autorizada), el beneficiario del fideicomiso ha de interponer su acción, si quiere evitar que ésta prescriba, en el plazo de seis años contados desde -- que aquélla pudo ser ejercitada. La generosa utilización que el legislador ha hecho del fideicomiso para venta como instrumento para reforzar la solidez de las obligaciones surgidas de otras instituciones, como las formas de comunidad de derechos inmobiliarios, en las que cada cotitular es fiduciario para venta del otro, ha reforzado extraordinariamente la importancia práctica de la imprescriptibilidad antes dicha.

La que nuestro Código civil decreta para ciertas acciones nacidas de situaciones de condominio, es de signo diametralmente opuesto a la que impera entre copropietarios ingleses. Según el artículo 1965 "no prescribe, entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes, la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas". Sin embargo, para que se dé esta imprescriptibilidad es preciso que se cumpla el supuesto, implícito en el texto legal, de que se posean los bienes de consumo o proindiviso, pues si uno de los copropietarios o coherederos posee las cosas en nombre propio y por tiempo suficiente para ganarlas por prescripción, dichas acciones prescriben (sentencias de 31-5-1899; 15-4-1904; 24-11-1906 y 6-6-1917). El tiempo, cuando uno de los copropietarios se comporta con grave desconocimiento de los derechos del otro,

también actúa, entre nosotros, como bálsamo cicatrizador del desafuero, lo que no sucede en Derecho inglés.

La acción para recobrar la posesión de manos del -- arrendatario nace cuando el arrendamiento real se extingue por transcurso del plazo y no cuando deja de satisfacerse una renta, justamente lo contrario de lo que acontece con las rentas censales, respecto a las cuales el cómputo del plazo se inicia desde el último pago de la renta al titular del derecho.

Hay determinadas acciones equitativas, como la que, según sabemos, asiste a los beneficiarios de vinculaciones estrictas y fideicomisos para venta, que no están sujetas a plazo de prescripción. Con todo, siempre que el actor pretenda ejercitar una acción equitativa, a la que no sea aplicable plazo de prescripción alguno, los Tribunales han de exigirle que su aspiración no entrañe negligencia (laches), cuya existencia ha de apreciarse en función de las circunstancias del caso. La pesquisa que los Tribunales han de efectuar es la de si, consideración hecha de aquéllas, el demandante ha consentido la violación de su derecho, renunciando de "facto", con su conducta, a impugnarla a pesar de que pretenda más tarde hacerla valer mediante el ejercicio de la acción. En estos casos, el plazo y el momento a partir del cual haya de computarse son esencialmente variables e imposibles de precisar con valor de generalidad.

La iniciación de la prescripción, sin perjuicio de las dificultades y dudas que ha suscitado en la doctri-

na, es, entre nosotros, y al menos con respecto a las acciones inmobiliarias, un tema menos complejo que en Derecho inglés, que, en ningún caso, conlleva el juego de plazos alternativos o el acortamiento de los mismos. Nuestro Código civil provee a esta importante materia con una regla general, coincidente con la del Derecho inglés, y que consagra el principio de la "actio nata". "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse" (art. 1969).

La posibilidad de ese ejercicio se considera, en principio, de forma abstracta y no en base a los impedimentos que, por sus circunstancias singulares, puedan afectar al titular del derecho en un caso concreto, como, por ejemplo, el desconocimiento de la existencia del derecho o del hecho que generó la acción. Esta ejercitabilidad en abstracto, que puede calificarse de objetiva, es la regla, a la que el Código no establece, para las acciones inmobiliarias, excepciones que den acogida al criterio subjetivo según el cual comienza a producirse la prescripción -- desde que el interesado conoce el hecho del nacimiento de la acción (ALBALADEJO; op. cit. I, 2º; págs. 460 y siguientes).

Por contra, en Derecho inglés las circunstancias subjetivas que puedan afectar al titular del derecho en un caso concreto juegan un papel decisivo, lo que da a dicho Ordenamiento jurídico un perfil humanista y ético del que está desprovisto el nuestro. En tres casos, el plazo de prescripción establecido con carácter general puede resul

tar ampliado a consecuencia del aplazamiento de la fecha inicial de cómputo. Tales supuestos son: incapacidad (minoría de edad o enfermedad mental) del titular del derecho prescriptible, maquinación fraudulenta respecto a la fecha de nacimiento de la acción y error padecido por quien resulte perjudicado por la prescripción. El cariz subjetivo de estas tres excepciones es evidente. La primera de ellas, pero no las otras dos, entraña el acortamiento del plazo prescriptivo, que queda reducido a seis años contados desde la desaparición de la causa de incapacidad o desde el fallecimiento del incapaz.

Históricamente (sólo hasta el año 1833) y a diferencia de lo que está claramente establecido en nuestro Derecho (artículos 1930, párrafo 2º y 1932, párrafo 1º del Código civil, según los cuales la prescripción constituye un verdadero modo de extinción de los derechos, a la vez que de las acciones), el efecto de la prescripción extintiva inglesa era únicamente el de enervar el ejercicio de las acciones protectoras de los derechos, dejando subsistentes éstos, por lo que si el desposeído recuperaba legalmente la posesión del inmueble objeto de su derecho, éste prevalecía sobre el título del usurpador. A partir de la indicada fecha, la prescripción extintiva inglesa queda asimilada en sus efectos a la española, por cuanto extingue no sólo la acción sino también el derecho al que ésta ampara.

Aunque no hay plena coincidencia de pareceres en nuestra doctrina, la opinión más seguida es la de que la prescripción extintiva no produce sus efectos "ipso iure". Es decir, que, aún transcurrido el plazo prescriptivo, el titular del derecho no se ve impedido de dirigirse extrajudicialmente contra el eventual interesado en la prescripción,

o de interponer ante los Tribunales la acción que hasta en tonces no usó. Estos no pueden rechazar de oficio (por pro pia iniciativa: "ex officio") la demanda, aunque de lo an te ellos aducido se desprenda que transcurrió sin interrupción el plazo prescriptivo. Si el eventual interesado en la prescripción no alega u opone a la petición del deman dante (excepciona, como se dice con terminología técnico--jurídica) tal transcurso, será condenado a cumplir lo que de ba, a restituir la cosa reclamada, etc... Igualmente, si frente a una reclamación extrajudicial se aviene a ejecu--tar lo que, invocando el derecho prescrito, se le exige, jurídicamente no puede considerarse que realiza un acto de liberalidad, sino que cumple un deber, lo que tiene importancia a efectos, entre otros, de repetición de lo indebido (ALBALADEJO, op. cit.; I, 2º, pág. 479).

A los efectos comparativos que luego se verán, es --oportuno recordar aquí que, dentro de la línea doctrinal en la que se inspira esta parte de nuestro comentario (v. ALBALADEJO, op. cit.; III, 1º, págs. 167 y 168), la adquisición del usucapiente se produce "ipso iure", acto seguido de cumplirse el plazo que la ley fija. Por tanto, aquél deviene desde ese momento titular del derecho que usucapió, y le competen los correspondientes medios para defenderlo y hacerlo efectivo. Ahora bien, es evidente que si alguno lo desconoce o niega o perturba, y, para defenderlo, el usucapiente hubiese de demostrar que le pertenece, habrá de alegar y probar la usucapión. Sin embargo, la adquisición del usucapiente se halla sometida al evento de que éste renuncie a la usucapión ganada (C.c. artículo 1935). Si lo hace, su renuncia borra, salvo en perjuicio de terce

ro (art. 1937), la usucapión y sus efectos adquisitivos. Así, pues, los efectos de la usucapión, producidos "ipso iure", penden de que no se cumpla la condición resolutoria constituida por la renuncia.

Sin perjuicio de que, desde un punto de vista teórico, ambas modalidades prescriptivas de nuestro Derecho se adscriben, en este punto tan importante de sus efectos, a principios distintos y aun contrapuestos, lo cierto es - que las diferencias prácticas pueden ser casi irrelevantes. Así, en una contienda judicial en la que se dilucide la realidad de una prescripción extintiva o de una -- usucapión, la actitud pasiva del litigante al que favorezcan estos actos jurídicos puede equivaler a la renuncia de la prescripción ganada, tanto si sus efectos se produjeron "ipso iure" como si quedaron pendientes de su oportuna alegación en juicio. De otra parte, una postura activa del favorecido por la prescripción se traducirá - en alegación de su derecho y en la aportación de pruebas del mismo.

A pesar de que tampoco el Derecho positivo inglés es muy explícito, y de que los autores parecen no plantearse la cuestión, creemos que las directrices teórico-prácticas que imperan en la materia son éstas: 1ª. Puede estimarse, en principio, que la prescripción produce sus efectos "ipso iure"; 2ª. Para que éstos se hagan valer - en juicio, es preciso que aquélla sea debidamente probada y, consiguientemente, alegada, aunque sólo sea de forma tácita, ya que de otro modo cabría pensar que el favorecido por la prescripción renunciaba a sus derechos.

Los efectos de la prescripción extintiva de acciones reales, principalmente las inmobiliarias, nos lleva a -- plantearnos el interesantísimo tema de las relaciones entre prescripción extintiva y usucapión. Cuando el poseedor usucape (prescripción adquisitiva) la cosa por el transcurso de menos tiempo que el que necesita la acción para extinguirse por prescripción, no se trata de que se extinga por prescripción extintiva la acción para reclamar aquélla, sino de que la pérdida de la acción es consecuencia de la pérdida del derecho, por haberlo adquirido otro por la otra clase de prescripción (usucapión) y ello aunque la acción reivindicatoria la dirija el ex-dueño no contra quien adquirió por usucapión sino contra quien, después de haber usucapido otro, comienza a usucapir él o contra quien está poseyendo por otro título que el dominical -- (por ejemplo, como arrendatario o depositario) (ALBALADEJO; op. cit.; I, 2º; págs. 453 y siguientes).

Queda en pie, sin embargo, el tema de la autonomía -- de la prescripción extintiva de las acciones reales en -- los casos en que no haya usucapión paralela o anterior. -- Hay una opinión doctrinal a la que DIEZ-PICAZO (La prescripción en el Código civil, 1964, págs. 159 y siguientes), tras un estudio detenido, se adhiere. Según ella la acción reivindicatoria, en sí misma considerada, es imprescriptible o, por lo menos, no prescribe en tanto que el poseedor demandado no haya completado los requisitos necesarios para usucapir. Otra solución conduciría al absurdo ya que si se pensara que, sobre la base del artículo 1963, es posible una prescripción extintiva de la acción reivindicadora.

toria, separada e independiente de la usucapión, se llegaría al siguiente punto. Como el demandante no puede reivindicar, en la práctica ha perdido el dominio; pero como el demandado no lo ha adquirido, puesto que, por hipótesis, no ha usucapido, es un simple poseedor. Una situación semejante tendría que llevar a la siguiente conclusión: -- la cosa, objetivamente, habría devenido "nullius", pero -- el poseedor, al ser su posesión irreivindicable, en la -- práctica sería un propietario. Este planteamiento, calificado de absurdo, tiene defensores en nuestra doctrina (ALBALADEJO, op. cit.; I, 2º; págs. 454 y 455) y es, curiosa y hasta paradójicamente, el que resulta válido para explicar adecuadamente los efectos de la prescripción extintiva inglesa.

A pesar de que el principal efecto de la Ley de Prescripción de 1939 es el de extinguir el correspondiente de derecho inmobiliario, no es correcto afirmar que tal derecho se transfiera al usurpador o titular de la posesión -- adversa en cuyo favor el tiempo transcurrió. El efecto legal es sólo negativo y en modo alguno positivo: no transfiere nada y meramente extingue el derecho antes existente en cuanto a su posible ejercicio frente al usurpador. Se deduce de estos criterios que el único --pero sustancial-- derecho que el usurpador adquiere es la inmunidad frente a cualquier interferencia proveniente de la persona despojada. Antes, incluso, de que el período legal de prescripción haya transcurrido, el usurpador tiene un título válido frente a todo el mundo, excepto el verdadero titular. Mantener lo contrario supondría que un usurpador estaría carente de cualquier remedio frente a quien le des

pojare, lo que supondría un peligro de ruptura de la paz pública. Pero es que, además, el usurpador que acredite haberse producido la prescripción extintiva del derecho por él poseído, tiene un título válido para la venta de tal derecho, título que los Tribunales pueden obligar a aceptar a un comprador en precontrato inmobiliario, ya — que es válido y suficiente a tales fines.

En suma, la prescripción convierte el derecho inmobiliario en cuestión en "res nullius", apropiándose de él, hay que pensar que por ocupación, el usurpador. En todo caso, no se trata de una usucapión al modo hispánico, aunque contenga alguno de sus elementos, como es la exigencia de una posesión adversa, ni siquiera de una — usucapión sin justo título ni buena fe (extraordinaria), ya que puede ocurrir que haya posesión contraria al derecho en favor de varias personas, cada una de las cuales sea sucesivamente despojada por otra sin que medie ruptura, al menos física, del hecho posesorio adverso al derecho que la prescripción extintiva vaya minando. La suma de las varias posesiones adversas ininterrumpidas ocasiona la prescripción adquisitiva en perjuicio del titular despojado. El conflicto interno entre los sucesivos usurpadores ha de resolverse en base al principio general de que la posesión inmobiliaria constituye evidencia del título; por consiguiente, cada uno de los despojados puede ejercitar su acción contra el usurpador mientras que éste no complete, por sí mismo, el plazo de doce años.

El Derecho inglés no constituye una excepción a la necesidad, sentida por todos los sistemas y en todas las épocas, de fijar períodos de — tiempo dentro de los cuales, los titulares de derechos (inmobiliarios, en nuestro caso) indebidamente desposeídos de los mismos, puedan ejercitar — las oportunas acciones reales en su defensa. Esta evidente necesidad práctica, que se deja sentir por encima de consideraciones de justicia abstracta desconectadas de la realidad y de un elemento tan fundamental de la — misma como es el tiempo, ha encontrado satisfacción en una institución jurídica inglesa, "the limitation", que constituye un equivalente de nuestra prescripción extintiva de derechos y acciones.

La obligada distinción entre prescripción extintiva y prescripción — adquisitiva o usucapión tiene, en Derecho inglés, ciertos matices propios que conviene puntualizar. Como ya quedó indicado en el capítulo anterior, la segunda está, en general, excluida del ámbito del Derecho inglés. Quiere ello decir, que su objeto es muy reducido ya que no afecta a los derechos reales, tanto mobiliarios como inmobiliarios, con la única excepción de las servidumbres de uso y de disfrute, que son los únicos derechos inmobiliarios que, con arreglo a un sistema "sui generis", que ya hemos tenido ocasión de estudiar (v.3, parte III, de este capítulo), pueden ser — adquiridos en virtud de la posesión continuada durante un cierto tiempo. Un título positivo —y no meramente negativo como el que se deriva de la — prescripción extintiva— sobre un bien inmueble ajeno, conseguido mediante el juego conjunto de la posesión y del tiempo, sólo es posible, en Derecho inglés, en cuanto al derecho de servidumbre. La limitadísima y especial utilización que se hace de la prescripción adquisitiva en el sistema inmobiliario inglés, es consecuencia del peculiar concepto y efectos de — la posesión inglesa de inmuebles (seisin) a la que nos hemos referido con algún detalle en el apartado 3 del capítulo II.

La Ley de Prescripción Extintiva de la Propiedad Inmueble (Real Pro—

perty Limitation Act) de 1833, refundió y simplificó la normativa anterior en la materia, excesivamente confiada al criterio discrecional de los jueces, incluso en aspectos tan sustantivos como la determinación del plazo necesario para que la institución produjera sus propios efectos. El sistema fue finalmente consolidado y modificado por la Ley de Prescripción Extintiva (Limitation Act) de 1939.

3.1. Plazos de prescripción

Con carácter general rige el plazo máximo de doce años, dentro del cual son ejercitables todas las acciones para recuperar los derechos inmobiliarios; el plazo se computa desde la fecha en que la facultad para ejercitar aquellas se originó o correspondió al demandante o a la persona de la cual traiga causa su derecho.

Hay supuestos que se apartan de la indicada normal general, siéndoles de aplicación un plazo más dilatado.

Las acciones que amparan derechos inmobiliarios cuya titularidad ostenta la Corona (el Estado, en suma) gozan de un plazo extraordinario de prescripción, fijado en treinta años con ocasión de la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley de 1939. Hasta entonces el plazo establecido para este supuesto especial era de sesenta años. Ahora bien, la excepción no rige a la inversa, por lo que el ejercicio de acciones contra la Corona, en defensa de derechos inmobiliarios de personas de Derecho privado, está sujeto al plazo común de doce años.

También están sujetos al plazo excepcional de treinta años las acciones inmobiliarias cuya titularidad ostenten personas jurídicas de carácter espiritual o caritativo, integradas por un solo miembro (spiritual or eleemosynary Corporation sole), como los Obispos, o Patronos de un hospital.

Siempre que en ambos supuestos de prolongación excepcional del plazo concurra persona de la que el titular del derecho traiga causa, se hacen precisas algunas observaciones sobre el cómputo del plazo, anticipándonos con ello, por razón de especialidad subjetiva, al tema central del siguiente epígrafe. Acudiendo al habitual ejemplo para aclarar prácticamente los conceptos jurídicos, ocurre que si la Corona adquiere de X, en 1970, un derecho inmobiliario cuya posesión ostentaba indebidamente un tercero, si el transmitente toleró esta irregular situación por plazo de doce años ya transcurridos en 1970, la adquisición llevada a efecto por la Corona resulta fallida, por cuanto el derecho estaba ya extinguido. Ahora bien, si la acción defensiva del transmitente se originó, pongamos por caso en 1967, no habiendo por consiguiente tolerancia de situación posesoria irregular por plazo de doce años al producirse la transmisión del derecho, la Corona puede ejercitar la acción en defensa del mismo por plazo de treinta años contados a partir de 1967. En suma, el plazo de doce años se prolonga a treinta salvo que aquél hubiese transcurrido íntegramente al producirse la transmisión.

A la inversa, cuando una persona trae causa de la Corona o de otra persona jurídica subjetivamente privilegiada en cuanto a la duración del plazo, como por ejemplo, cuando aquélla transmite a X, en 1970, un derecho inmobiliario indebidamente poseído por un tercero, la norma legal es que el remedio jurídico a disposición de X, contra el tercero, se extingue a los treinta años contados desde que se inició la irregularidad posesoria del tercero (1950, en nuestro ejemplo), o a los doce desde que se originó la posibilidad de ejercicio a favor de X, siendo preferente el plazo que se extinga primero. Así pues, en nuestro caso, la extinción se produciría en 1980.

3.2. El cómputo del plazo

Tal como ya quedó apuntado en el epígrafe anterior, el cómputo del -

plazo, en perjuicio del titular del derecho y eventual demandante, se inicia en la fecha en que él, o la persona de la cual traiga causa su derecho, quedan facultados para el ejercicio de la acción defensiva contra — el usurpador. Desarrollando este principio general, la Ley de Prescripción contiene normas específicas para determinar, en una serie de supuestos, de los que nos ocuparemos más adelante, la fecha exacta a partir de la cual debe realizarse el cómputo.

Previamente, es preciso dejar constancia de una norma general de la mayor importancia. El plazo no empieza a contar desde la fecha correspondiente a menos que haya alguna persona que, en perjuicio del titular del derecho inmobiliario, ostente posesión adversa. Es decir, que el plazo no corre porque la posesión del predio esté simplemente vacante (M'Donnel v. M'Kinty, 1847; Smith v. Lloyd, 1854). Ha de haber carencia de posesión — por el titular-demandante y posesión contraria a su derecho, en favor del demandado.

La aplicación práctica de esta norma requiere puntualización en los casos en que se interrumpe la posesión contraria al derecho del demandante antes de que transcurra el período íntegro de los doce años. Ello puede — ocurrir en cuatro supuestos diversos que analizamos por separado.

Si el titular de la posesión contraria al derecho transmite aquélla, "inter vivos" o "mortis causa", como en definitiva lo transmitido es la — evidencia, "prima facie", de un derecho inmobiliario (la posesión inglesa de inmuebles o "seisin", cuyo concepto quedó recogido en el capítulo II), el adquirente que sucede en la posesión, sin interrupción de la misma, se beneficia del plazo transcurrido.

Ahora bien, si la interrupción en la posesión se produce como consecuencia de que el usurpador deja vacante el inmueble, su situación es semejante a la de quien nunca hubiera poseído adversamente al derecho del —

titular. La eventual recuperación de la posesión por quien anteriormente la abandonó es, a todos los efectos, una situación posesoria nueva que — en modo alguno puede ser continuación de la existente antes del abandono. A efectos prescriptivos, el tiempo transcurrido antes de que el abandono se produzca, se pierde inexorablemente.

Otro tanto ocurre cuando el titular de la posesión adversa que deja vacante el predio, es sucedido, tras un intervalo, es decir, mediante ruptura posesoria, por un nuevo poseedor adverso al derecho del titular. Tampoco el nuevo poseedor puede beneficiarse del plazo transcurrido hasta que el antiguo perdió la posesión de la finca.

Finalmente, puede ocurrir que haya posesión contraria al derecho en favor de varias personas, cada una de las cuales sea sucesivamente despojada por otra sin que medie ruptura, al menos física, del hecho posesorio adverso al derecho que la prescripción vaya minando. Así, por ejemplo, X despoja a V (titular del derecho) pero Y a su vez despoja a X, siendo finalmente despojado por Z, que completa el plazo de doce años que iniciara X. A pesar de que ninguno de ellos haya completado por sí solo el — plazo requerido, el derecho de V queda extinguido, según la opinión doctrinal y jurisprudencial más extendida (Willis v. Earl Howe, 1893). El conflicto interno entre los sucesivos usurpadores ha de resolverse en base — al principio general de que la posesión inmobiliaria constituye evidencia del título (Asher v. Whitlock, 1865; Perry v. Clissold, 1907); por consiguiente, cada uno de los despojados puede ejercitar su acción contra el — usurpador mientras que éste no complete, por sí mismo, el plazo de doce — años.

Hechas estas consideraciones de carácter general, procede ahora contemplar los varios supuestos legalmente establecidos en cuanto al momento en que el cómputo debe dar principio.

3.2.1. Derechos presentes (present interests)

Cuando el titular de un derecho inmobiliario presente ostenta también la posesión de la finca, el tiempo comienza a transcurrir en contra de él desde el momento en que otra persona inicia una posesión adversa — sobre el predio. La palabra adversa implica que debe haber una posesión incompatible o contradictoria con la del verdadero titular del derecho — (Moses v. Lovegrove, 1952; Hughes v. Griffin, 1969) no teniendo tal carácter, por ejemplo, la posesión de un fiduciario representante de — aquél. En algunos casos, la existencia de posesión adversa es evidente: así, el de un extraño que ocupa la casa de otro, o cerca y cultiva una franja de su finca (Marshall v. Tylor, 1895). Si surgen dudas, los pretendidos actos constitutivos de posesión adversa han de ser valorados en relación con la naturaleza del predio, tomando en consideración el tipo de disfrute y las intenciones puestas en juego. El demandado que alegue en su defensa la posesión, no puede limitarse a demostrar que ha interferido de alguna manera el uso del inmueble, sino que ha de probar que tal interferencia es incompatible con el disfrute obtenible o proyectado por el dueño. Consiguientemente, el uso de la finca como campo de entrenamiento para galgos puede no constituir posesión adversa (Williams Brothers Direct Supply Ltd. v. Raftery, 1958).

Cuando fallece el titular del derecho estando en posesión del predio, el plazo prescriptorio, según precepto legal expreso, comienza a correr, en perjuicio de los llamados a la finca por sucesión testada o intestada, desde la fecha del óbito y no desde el momento en que se produjo la indebida ocupación.

Finalmente, si se constituye un derecho inmobiliario en favor de una persona y ésta no llega a adquirir la posesión del mismo (o no percibe — renta alguna, caso de que el derecho constituido sea una renta censal), —

el tiempo en contra suya comienza a correr desde la fecha del otorgamiento y de la escritura y no desde el comienzo de la posesión contraria.

3.2.2. Derechos futuros (future interests)

Al titular de un derecho remanente o expectante en el momento en que dé principio una posesión adversa sobre el inmueble, le es aplicable, alternativamente, uno de estos dos diferentes períodos: doce años desde el comienzo de la situación posesoria adversa o seis desde el momento en que su derecho futuro se transforma en derecho presente, siendo preferible, — entre ambos plazos, el de más larga duración. Recurriendo de nuevo a los inevitables ejemplos, si un predio, cuya titularidad vitalicia ostenta B con derecho expectante futuro a la pertenencia plena en favor de A, es objeto, por parte de X, de una posesión adversa iniciada diez años antes — que B fallezca, A dispone de un plazo de seis años, contados a partir de la muerte de B, para ejercitar la acción en defensa de su derecho; no obstante, si en idéntico supuesto X ha arrebatado la posesión a B tres años antes de su muerte, A tiene un plazo más largo, y por ello más favorable, de doce años contados a partir del momento de la usurpación.

La alternativa del período de los seis años no es aplicable, según — precepto legal expreso, al titular de un derecho expectante o remanente — derivado de un derecho limitadamente heredable; si, por transcurso del — plazo de doce años, el derecho limitadamente heredable, hubiere prescrito en el momento en que debía producirse la transformación del derecho futuro en presente, éste nace ya prescrito, o mas exactamente, no llega a nacer. Tampoco hay plazo alternativo en aquellos supuestos en que el desdoblamiento entre derechos presentes y futuros se produce, no antes de que la posesión adversa principie, sino después de que la misma haya arrancado; en — tal caso, el titular del derecho futuro está sujeto al plazo de los doce — años que juega respecto al derecho del constituyente del mismo, ya que és-

te es la persona de la cual trae causa su derecho, incluso con la tara de la posesión adversa, cuyos efectos prescriptivos están en camino de producirse.

3.2.3. Propiedad vinculada y en fideicomiso (settled land and land held on trust).

Los derechos inmobiliarios de naturaleza equitativa, entre los que se cuentan los de carácter vitalicio nacidos de una situación de propiedad vinculada, así como los derivados de un fideicomiso para venta, son considerados derechos inmobiliarios a los efectos de la prescripción extintiva que estamos analizando.

Son varios los supuestos a considerar respecto a la eventual prescripción extintiva de tales derechos equitativos, habida cuenta de quien sea el titular de la posesión adversa.

El fiduciario poseedor puede conducirse en la práctica con menoscabo o desconocimiento de los derechos de los beneficiarios. Este caso no plantea dificultades jurídicas de mucha monta, puesto que el fiduciario no puede obtener título alguno contra los beneficiarios mediante posesión adversa de la finca objeto del fideicomiso. No hay, pues, período prescriptivo alguno para las acciones que un beneficiario pueda ejercitar contra el fiduciario por razón de cualquier fraude, en general, o quebrantamiento fraudulento de los términos del fideicomiso cuya autoría o complicidad sea atribuible al fiduciario. Asimismo, tampoco hay período prescriptivo alguno aplicable a las acciones para recobrar los bienes del fideicomiso, así como sus productos indebidamente retenidos. Por contra, si la presunta infracción cometida por el fiduciario no es ninguna de las indicadas, consistiendo en la quiebra de alguna de las obligaciones que le afecten menos gravemente (p. ejemplo, la realización de una inversión no autorizada), el

beneficiario del fideicomiso ha de interponer su acción, si quiere evitar que ésta prescriba, en el plazo de seis años contados desde que aquélla — pudo ser ejercitada. Las disposiciones legales sobre imprescriptibilidad de las acciones para exigir a los fiduciarios el cumplimiento de sus obligaciones esenciales tienen considerable importancia en la comunidad por — cuotas (tenancy in common), en la que, según ya sabemos (v. 6 de la parte II, de este mismo capítulo), cada uno de los cotitulares es, en favor del otro o de los otros, fiduciario para venta de la pertenencia plena. En — consecuencia, si uno de ellos, en perjuicio de los demás, se apropia indebidamente de la totalidad de los frutos y rentas, mientras que la finca — permanece en su posesión no hay plazo prescriptivo alguno a su favor (Re Landi, 1939; Re Milking Pail Farm Trusts, 1940).

Un segundo y más común supuesto de posesión adversa a derechos emanados de vinculaciones estrictas o fideicomisos para venta, es el de que — aquélla la ostenten terceras personas extrañas a la relación jurídica en que el derecho futuro consiste. Si la misma se prolonga por un plazo de — doce años, el derecho del titular vitalicio o del fiduciario se extingue, pero no así el del beneficiario, es decir, la pertenencia legal a la que éste está llamado. Para que esto suceda, es preciso que el lapso de tiempo de los doce años transcurra desde la adquisición efectiva de tal derecho por el beneficiario. Supongamos que de una finca sea titular vitalicio A, correspondiendo a B el derecho expectante a la pertenencia plena; si un — extraño toma posesión de la finca en vida de A y la conserva durante doce años, el derecho vitalicio de A se extingue, adquiriendo el tercero-usurpador un derecho equitativo "pur autre vie", pero la pertenencia plena que tenía A, reservada en favor de B, no se perjudica por la conducta del tercero. Por ello B, al fallecimiento de A, o los administradores-ejecutores de la herencia de éste, pueden ejercitar la oportuna acción en defensa del derecho de B.

3.2.4. Arrendamientos reales (leases)

La acción para recobrar la posesión de manos del arrendatario nace — cuando el arrendamiento se extingue por transcurso del plazo. Por ello, — la posesión adversa del arrendatario, a efectos de que la prescripción ex tintiva se consume a su favor, ha de contarse desde dicho momento. El sim ple hecho de que durante la vigencia del contrato no perciba el arrendador las rentas pactadas, no constituye excepción a lo dicho (Doe d. Davy v. Oxenham, 1840) ni aun siquiera en el supuesto de que el contrato lleve incorporada una cláusula de confiscación o desahucio (forfeiture) en caso de impago, pues, como se ha dicho (Barrat v. Richardson and Cresswell, — 1930), el derecho a recuperar el predio se renueva cada vez que el arrendatario deja de pagar la renta.

Si un tercero, extraño a la relación arrendaticia, toma posesión de — la finca, el plazo prescriptivo comienza a correr, contra el arrendatario, desde el momento en que sufre el despojo, pero respecto a los derechos — del arrendador la actuación del tercero produce los mismos efectos que si fuera el verdadero arrendatario, por lo que se ha de estar a lo dicho en — el párrafo anterior. Ahora bien, dado que la percepción de la renta es el hecho básico que simboliza rotundamente el título del arrendador sobre el inmueble, está legislado que si la renta, durante un período de doce años, es indebidamente cobrada por un extraño, el derecho del arrendador a percibir la renta y su título sobre el inmueble quedan irremediabilmente ex tinguidos; la única excepción a esta regla es que, una vez al menos duran te los doce años, el arrendador perciba la renta, en cuyo caso su derecho sobrevive. La norma que acabamos de exponer sólo es aplicable a los arrendamientos constituidos por escrito y cuya renta anual no sea menor de — veinte chelines. Si estas circunstancias no concurren, el pago indebido a un tercero no perjudica al arrendador.

Cuando se trata de un arrendamiento de duración indeterminada (tenancy at will), el tiempo comienza a correr en contra del arrendador y a favor del arrendatario en alguno de estos supuestos: primero, desde la extinción del arrendamiento, es decir, desde que el arrendador, infructuosamente, reclame la posesión o ejerce algún acto dominical incompatible con el arrendamiento; en segundo lugar, a falta de extinción, cuando transcurra un año desde el comienzo del arrendamiento, por lo que, en tal caso, la prescripción extintiva se produce a los trece años de iniciada la posesión. Si el arrendamiento es en precario o simplemente tolerado (at sufferance), el plazo comienza a contarse desde el principio del mismo.

Finalmente, en el caso de un arrendamiento de año en año o por período diferente, sin que haya constancia escrita del contrato, la facultad — del arrendador a ejercitar la acción para recuperar la finca nace al final del año o del período correspondiente, o al producirse la última percepción de la renta, siendo preferente, entre ambos eventos, el de fecha más reciente. Si tales arrendamientos constan por escrito, la regla difiere ya que la facultad del arrendador a interponer la acción principia cuando extingue el arrendamiento mediante requerimiento de desalojo (notice to quit).

3.2.5. Rentas censales (rentcharges)

Respecto de las rentas censales, el cómputo del plazo se inicia desde el último pago de la renta al titular del derecho. Consiguientemente, éste queda enervado en virtud de la prescripción extintiva si la renta deja de pagarse durante doce años o si la misma es pagada a un tercero durante — igual período, en cuyo caso la renta censal subsiste pero no en favor del titular anterior, sino del tercero.

3.2.6. Acciones equitativas (the doctrine of laches)

Sin perjuicio de la norma de carácter general que declara aplicables a determinados derechos equitativos inmobiliarios las previsiones legales sobre prescripción, hay determinados casos en que una demanda equitativa se sustrae a los efectos prescriptivos. Así, tal como ha quedado anteriormente dicho, la acción del beneficiario de un fideicomiso para reclamar la propiedad indebidamente retenida por el fiduciario o para obtener reparación de los daños causados por su conducta fraudulenta, no están sujetas a período prescriptivo alguno. Tampoco alcanzan las previsiones legales sobre prescripción a determinados remedios netamente equitativos (cumplimiento específico, prohibición, etc...), salvo que en su aplicación al caso concreto de que se trate haya plena analogía con algún supuesto contemplado por la vigente Ley de Prescripción.

Con todo, siempre que el actor pretenda ejercitar una acción equitativa a la que no sea aplicable plazo de prescripción alguno o que se ponga en práctica un remedio desconocido por el Derecho común, los Tribunales han de exigirle que su aspiración no entrañe negligencia (laches). — Existe ésta cuando el demandante no procede a ejercitar su derecho dentro de un plazo razonable, contado desde que sepa que le corresponde la titularidad del mismo. Un simple retraso es, a veces, causa determinante de negligencia; cada supuesto, no obstante, ha de ser considerado en función de sus propias circunstancias (Re Sharpe, 1892). En última instancia, la pesquisa que los Tribunales han de efectuar consiste en determinar si, — consideración hecha de las peculiaridades de cada caso, el demandante ha consentido la violación de su derecho, renunciando de "facto", con su — conducta, a impugnarla a pesar de que pretenda más tarde hacerla valer — mediante el ejercicio de la acción (Lindsay Petroleum Co. v. Hurd, 1874; Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co., 1878). Otra consideración complementaria que debe tenerse presente en aquella pesquisa, es si el demanda-

do ha alterado su situación respecto al inmueble, perjudicándose, por haber creído razonablemente que el actor había abandonado su pretensión (Allcard v. Skinner, 1887), lo que, asimismo, permite inducir la existencia de conducta negligente por parte del titular-demandante.

3.3. Ampliación, suspensión e interrupción del plazo (postponement and suspension of the period and starting time running afresh).

En tres casos, el plazo de prescripción establecido con carácter general puede quedar ampliado a consecuencia del aplazamiento de la fecha inicial de cómputo. Tales supuestos son: incapacidad del titular del derecho prescribible, maquinación fraudulenta respecto a la fecha de nacimiento de la acción y error padecido por quien resulte perjudicado por la prescripción.

Una persona es incapaz, a los efectos de las normas sobre prescripción, cuando es menor de edad o enfermo mental. En tales supuestos, la acción puede ejercitarse en el plazo de seis años contados desde la desaparición de la causa de incapacidad o desde el fallecimiento del incapaz, cualquiera que sea el evento que primero se produzca y ello aunque el período prescriptivo hubiere transcurrido íntegramente desde el nacimiento de la acción. No hay posibilidad, sin embargo, de ejercitar acción en defensa de derecho inmobiliario alguno si transcurren treinta años desde el origen de aquélla.

Asimismo, la Ley ha previsto que si la prescripción que se pretende consumada se basa en fraude cometido o maquinación fraudulenta provocada por el usurpador, su representante o la persona de la que traiga causa su derecho, el plazo prescriptivo no comienza a correr hasta que el titular descubra o pueda descubrir, con razonable diligencia, la existencia del fraude urdido en su perjuicio (Eddis v. Chichester Constable, 1969). El

fraude considerado por la ley a estos efectos no es solamente el dolo, - tal como se entiende en Derecho común, ya que también abarca todas aquellas conductas que, en sentido equitativo, irían contra una recta conciencia si el poseedor contra derecho se beneficiara de ellas (*Applegate v. Mosa*, 1971; *Clark v. Woord*, 1965). Ejemplos jurisprudencialmente establecidos de actos o maquinaciones fraudulentas son la destrucción de escrituras solemnes que pudieran servir de título (*Lawrance v. Lord Norreys*, 1890), la suplantación de personas, haciendo pasar por hijo legítimo a quien es bastardo (*Re Mc Callum*, 1901), etc...

Tampoco debe considerarse iniciado el cómputo del plazo, de acuerdo con lo legalmente dispuesto, cuando la acción persigue que sean reparadas las consecuencias de un error. Tal reparación es únicamente obtenible cuando la confusión es un ingrediente esencial del origen de la acción (*Phillips - Higgins v. Harper*, 1954); es lo que ocurre cuando la misma va encaminada a recuperar cantidades satisfechas como consecuencia de un error de hecho, por ejemplo, en una compraventa cuyo precio se satisface doblemente.

En general, no puede hablarse de suspensión del período prescriptivo puesto que una vez que el mismo ha comenzado a transcurrir, el hecho jurídico en que este transcurso consiste debe producirse sin pausa alguna (*Bowring-Hanbury's Trustee v. Bowring-Hanbury*, 1943). Hay causas de ampliación del plazo, como ya hemos visto, y otras de interrupción -y consiguiente invalidación de la parte transcurrida- que examinaremos a continuación, pero hasta una disposición reciente, dictada con motivo de la Segunda Guerra Mundial, no había posibilidad alguna de suspensión del período ya comenzado con reanudación de su transcurso al desaparecer los motivos de la paralización. La Ley de Prescripción Extintiva (Enemigos y Prisioneros de Guerra) (*The Limitation-Enemies and War Prisoners-Act*) de 1945 estableció, con carácter retroactivo, que a partir del 3 de septiem-

bre de 1939 el transcurso de los plazos de prescripción quedó en suspenso mientras alguna de las partes eventualmente afectadas por una acción judicial fueran enemigos en la contienda o hubieren sido detenidos en territorio enemigo. La suspensión se daba legalmente por finalizada un año después de que la persona afectada hubiese dejado de ser enemigo o prisionero, según el concepto legalmente indicado, o un año después de la promulgación de la Ley (el 28 de mayo de 1945), siendo preferible entre ambas fechas la última o más reciente.

Hay interrupción del plazo prescriptivo, sin que sea jurídicamente posible aprovechar la parte del mismo que vaya transcurrida a fin de completarlo, cuando el titular del derecho lo ejercita o éste es reconocido por quien ostenta la posesión adversa del mismo. El derecho se entiende ejercitado por su titular cuando éste entra de forma pacífica y efectiva en la finca, careciendo, por tanto, de virtud interruptoria los hechos en que no concurren tales requisitos. Hay admisión de la existencia de un derecho en trance de quedar prescrito cuando quien adversamente posee la finca realiza un acto de reconocimiento o, si el derecho faculta para percibir un pago en metálico, se hace efectivo éste, aunque sea parcialmente. El reconocimiento o pago debe ser firmado o realizado por la persona en cuyo favor corre el tiempo, o por su representante legítimo, y dirigido al titular del derecho en peligro o a quien debidamente le represente. No obstante, una vez que el período ha transcurrido por completo, ningún pago o reconocimiento del derecho hace factible el ejercicio de acción para recuperar el inmueble ya que, según quedó dicho, la acción, en su caída, arrastra también al derecho.

3.4. Efectos de la prescripción extintiva (the effect of the lapse of time).

Se impone una distinción inicial entre los efectos relativos al título

lo del derecho prescrito y los que afectan a los frutos o productos atrasados.

3.4.1. Título sobre la finca (title to land)

A pesar de que el principal efecto de la Ley de Prescripción de 1939 es el de extinguir el correspondiente derecho inmobiliario, no es correcto afirmar que tal derecho se transfiera al usurpador, es decir, al titular de la posesión adversa en cuyo favor el tiempo transcurrió. No hay — "contrato inmobiliario legal o parlamentario" (parliamentary conveyance) del derecho, según el cual éste quede transmitido de un titular a otro. — El efecto legal que se deriva del hecho prescriptorio es sólo negativo y en modo alguno positivo: no transfiere nada y meramente extingue el derecho antes existente en cuanto a su posible ejercicio frente al usurpador. Por ello, éste, como veremos, puede mejorar su título inmobiliario ya que el transcurso de sucesivos lapsos de tiempo enerva diferentes derechos in mobiliarios sobre la finca, hasta que, finalmente, la pertenencia plena — sobre la misma queda libre de cualquier eventual reclamación adversa.

Ahora bien, incluso en este último supuesto, puede ocurrir que el — usurpador no esté en condiciones de ostentar un título inmobiliario absolutamente limpio, por cuanto las cargas reales existentes sobre la finca subsisten, a pesar del cambio de titularidad. Así, un usurpador queda — afectado por un pacto limitativo del uso existente sobre la finca (restrictive covenant), a menos que acredite que tal derecho real ya no es — exigible, por ejemplo, por haber transcurrido el plazo de prescripción — desde que el mismo hubiere quedado infringido; en suma, un usurpador, sin conocimiento de la existencia de la carga, no tiene un estatuto jurídico equiparable al de un comprador igualmente desconocedor de tal existencia (Re Nisbet & Potts' Contract, 1906). Otro supuesto: el usurpador a título de arrendatario está obligado a pagar la renta y a cumplir los demás

pactos establecidos, ante la eventualidad de un desahucio a confiscación - de su derecho (forfeiture) si el arrendador se hubiese reservado este remedio; sin embargo, no puede el arrendatario que hubiere asumido esta posición jurídica en virtud de prescripción, beneficiarse de la revocación de los efectos del desahucio o confiscación (relief against forfeiture) (Tickner v. Buzzacott, 1965) en cuanto beneficio pactado (v. 1, parte III de este capítulo) por el arrendador en favor del arrendatario perjudicado por - la prescripción.

Se deduce de los criterios antes enunciados, que el único -pero sustancial- derecho que el usurpador adquiere es la inmunidad frente a cualquier interferencia proveniente de la persona despojada. No hay, repitámoslo, transmisión estatutoria o de otro tipo, del derecho en cuestión.

Las repercusiones prácticas de este principio de valor general son, - en ocasiones, sumamente curiosas y, por el juego conjunto de las varias relaciones jurídicas concurrentes, pueden devolver al despojado un instrumento indirecto de defensa de su derecho ya extinguido. Así, si un usurpador, mediante posesión adversa, extingue el derecho del arrendatario, pero no - el del arrendador, y posteriormente el arrendatario despojado adquiere el derecho del arrendador, el plazo prescriptorio comienza a correr respecto a este derecho, pero hasta que el nuevo plazo transcurra íntegramente, el arrendatario antiguo y actual arrendador puede desalojar al usurpador, - puesto que la usurpación extingue los derechos del arrendatario despojado, con lo que los del arrendador recuperan su plena virtualidad, incluida la facultad posesoria sobre el inmueble (Taylor v. Twinberrow, 1930). Si la - transmisión se produce a la inversa, es decir, si es el arrendador el que adquiere el derecho del arrendatario, prescrito sólo frente al usurpador, aquél queda facultado para desalojar al usurpador inmediatamente, por cuanto aquella transmisión remueve el único obstáculo jurídico que impedía al arrendador reclamar la posesión del inmueble cuyo dominio le pertenece -

(Fairweather v. St Marylebone Property Co., Ltd., 1963). La conclusión que se desprende de esta doctrina jurisprudencial es que arrendador y arrendatario pueden aliarse eficazmente para desbancar al usurpador de sus respectivas posiciones jurídicas.

Hemos de poner de relieve, en lo que atañe a la prueba del título del usurpador, que para acreditarlo no basta con demostrar la posesión adversa del inmueble por mucho que la misma se prolongue. Para establecer un título bueno a los efectos de la Ley de Prescripción, ha de quedar bien determinado quien era el verdadero titular del derecho inmobiliario en cuestión y demostrado que el mismo quedó extinguido por transcurso del tiempo.

Un vendedor que cumpla estos requisitos con puntualidad tiene un título que los Tribunales pueden obligar al comprador a aceptar, aun contra su voluntad, ya que el mismo es suficiente a los efectos de una eventual transmisión por compraventa (Re Atkinson & Horsell's Contract, 1912). En la práctica es, sin embargo, infrecuente que un título inmobiliario nazca en virtud de prescripción, salvo en los casos de usurpación de fincas colindantes.

Antes, incluso, de que el período legal de prescripción haya transcurrido, el usurpador tiene un título válido frente a todo el mundo, excepto el verdadero titular (Perry v. Clissold, 1907). Mantener lo contrario supondría que un usurpador estaría carente de cualquier remedio frente a — quien le despojare, lo que supondría un peligro de ruptura de la paz pública.

3.4.2. Frutos atrasados (arrears of income)

El tema de la recuperación de los frutos atrasados es distinto del de la reclamación del inmueble o del capital del préstamo que los produce. Las

rentas arrendaticias o censales atrasadas, que pueden conseguirse mediante acción judicial o mediante ejecución personal, se reducen a las devengadas durante los seis años anteriores. Igual período es aplicable a los intereses de los préstamos hipotecarios.

4. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- o - o - o -

El sistema inglés de registro de derechos inmobiliarios presenta una imagen sustancialmente bifronte, que contrasta poderosamente con la estructura claramente unitaria que impera en Derecho español.

Efectivamente, el sistema registral inglés está organizado con arreglo a dos modalidades principales: el Registro de Cargas Inmobiliarias y el Registro de Títulos. La primera de ellas presenta, además, una especialidad objetiva (el Registro de Cargas Inmobiliarias Locales) y otra subjetiva (Registro de Compañías Mercantiles).

En nuestra doctrina abundan las definiciones del Registro de la Propiedad. Según DIEZ-PICAZO ("Las anotaciones preventivas", en Revista de Derecho Notarial, mayo-junio de 1964, pág. 18) es una institución administrativa destinada a contener la publicidad oficial de la situación jurídica de los bienes inmuebles. El artículo 1º,1 de la Ley Hipotecaria y el artículo 605 del Código civil contienen un intento definitorio del Registro de la Propiedad al expresar que éste "tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles". Sin entrar en el análisis crítico de este conato de definición, según lo bautizó ROCA SASTRE, que hace una crítica muy severa del mismo (Derecho Hipotecario, I. Barcelona, 1968, págs. 18 y 19), interesa resaltar, a nuestros particulares fines, que los bienes inmuebles a los que se refieren tanto las definiciones legales como las doctrinales son, potencialmente, todos los existentes en territorio nacional, sin que existan, como en Inglaterra, dos clases de zonas o distritos registrales, en una de las cuales impera un sistema de registro -aunque

sea de forma transitoria- de ciertas cargas inmobiliarias pero no de las fincas a las que afectan, y en la otra la modalidad más perfeccionada de registro de títulos que abarca las fincas, pertenencias y una gran mayoría de las cargas que sobre ellas pueden constituirse.

El Registro de Cargas Inmobiliarias es un sistema jurídico que regula su constancia pública, los efectos de ésta y el funcionamiento de las Oficinas que, con su correspondiente aparato administrativo, hacen operativos los fines previstos por dichas normas. Lo que se pretende con este sistema registral es facilitar a todo adquirente de derechos inmobiliarios sobre fincas no inscritas en el Registro de Títulos, la investigación más rápida y segura posible de las cargas inmobiliarias eventualmente existentes.

La piedra angular de esta modalidad registral, cuyas normas básicas son la Ley de Cargas Inmobiliarias de 1972 y su Reglamento de 1974, es el Registro Central de Cargas Inmobiliarias, que está organizado con arreglo a cinco departamentos o divisiones distintos, el último de los cuales es de importancia muy superior a la de los restantes. No vamos a entrar ahora en el estudio de su contenido, ya — que de él nos ocuparemos con alguna extensión en el texto que sigue a este comentario. Los rótulos que permiten identificar tales departamentos, proporcionando una idea genérica de su contenido, son éstos:

1. Acciones judiciales pendientes.
2. Censos vitalicios.
3. Autos y resoluciones judiciales firmes sobre bienes inmuebles.
4. Escrituras de cesión en pago.
5. Cargas Inmobiliarias:

Clase A: afecciones inmobiliarias, de origen voluntario, constituidas para asegurar el reintegro de cantidades invertidas en mejorar fincas.

Clase B: semejantes a las anteriores, pero de origen legal.

Clase C: hipotecas menores; cargas en favor del titular vitalicio de la pertenencia y asimilados; cargas equitativas de — carácter general y precontratos inmobiliarios.

Clase D: cargas por razón del impuesto sucesorio; pactos restrictivos del uso; servidumbres de uso equitativas.

Clase E: ciertos censos vitalicios que se exceptúan de los antes citados.

Clase F: derecho del otro cónyuge a ocupar el domicilio conyugal.

La filosofía en la que parece haberse inspirado el legislador — inglés al seleccionar las cargas inmobiliarias que pueden y deben tener acceso al Registro de igual nombre, es la de hacer posible la — investigación del título del transmitente más allá del contenido de los documentos que éste resuma y exhiba al adquirente. Por ello, quedan al margen de su contenido los derechos nacidos de vinculaciones estrictas y fideicomisos para venta. Estos constan en las propias escrituras que sirven de título al transmitente y están directamente protegidos por el mecanismo de la consignación liberatoria (v.1., — parte II, cap. III). Asimismo, las hipotecas de fincas no registradas, que normalmente llevan aparejada la custodia de los títulos de propiedad como respaldo de la garantía real (v. 3.1.5, cap. IV), no precisan el amparo del Registro, excepto si se trata de hipotecas menores, es decir, las no protegidas por el depósito de los títulos.

La inscripción registral se hace en base a la declaración que, en los impresos habilitados al efecto, debe realizar el titular del

derecho inscribible. El Registrador no investiga ni el Registro garantiza la veracidad de lo manifestado por el declarante. La función del Registro es, en definitiva, de una pasividad casi total. No pasa de ser un inmenso archivo de datos, que se limita a hacer acopio de las declaraciones de los titulares de los derechos inscribibles y a ordenarlas, sin realizar en ellas criba alguna respecto a su veracidad ni, consiguientemente, respaldar de ninguna forma su contenido.

La constancia registral de estas cargas se hace con arreglo al sistema de folio personal y no real. Este dato es de suma importancia al tratar de valorar la perfección del sistema, o mejor dicho, su imperfección. El nombre que encabeza el folio personal es el del titular de la pertenencia sobre la que se constituye la carga al tiempo en que ésta se crea. La consulta exhaustiva del Registro sólo puede hacerse conociendo los nombres de todos los titulares de la pertenencia legal a partir de la fecha de creación del Registro. Ello, en la práctica, suele entrañar grandes dificultades y un notable coste económico, lo que evidencia la baja calidad registral del sistema así organizado.

A pesar de la endeblez que confiere al sistema su arquitectura de carácter personal, el acceso de las cargas inmobiliarias al Registro especial previsto para ellas constituye, para todas las personas y a todos los fines relacionados con la finca en cuestión, conocimiento actual de los derechos inscritos que graven el predio.

La inscripción registral es obligatoria hasta el punto de que, como excepción a la regla general de que el comprador queda vinculado por los derechos equitativos existentes sobre el inmueble de cuya existencia tuviere noticia, está establecido que no hay tal sujeción cuando se omite el cumplimiento de la obligación de inscribir; y ello, —

insistimos, aunque el comprador o adquirente a título oneroso tuviere conocimiento efectivo de la existencia de la carga no inscrita. - El momento definitivo en cuanto al juego de las cargas inscribibles y a su peratividad frente a terceros adquirentes de la pertenencia, es el de la consumación de la transmisión de ésta, o sea, el de la formalización y efectividad de la escritura solemne; la inscripción de cargas efectuada con posterioridad no perjudica al adquirente de la pertenencia gravada.

Sirviéndonos de conceptos elaborados por la doctrina española, que sin dificultad son trasplantables al Ordenamiento jurídico inglés, hemos de distinguir entre inscripción constitutiva, a la que nos referiremos más adelante, en otro lugar comparativamente más oportuno, e inscripción obligatoria. Esta es, si seguimos a ALBALADEJO (op.cit.; III, 2º; pág. 397), la que no es exigida para la validez o eficacia del acto (que, aun no inscrito, es perfectamente válido y produce todos sus efectos), pero por existir obligación de inscribirlo, impuesta por algún precepto legal, la falta de inscripción acarrea la sanción marcada por la ley. Otros tratadistas, sin embargo, dan a la obligatoriedad de ciertas inscripciones un mayor énfasis coercitivo. Tal es el caso de CHICO y BONILLA ("Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral"; Madrid, 1967; Tomo I, pág. 174) que entienden que hay — inscripción obligatoria, por contraposición a constitutiva, cuando — la obligatoriedad es requisito de eficacia del derecho real o presupuesto para la admisión de títulos registrales por Tribunales y organismos oficiales. La necesidad de inscribir las cargas inmobiliarias en el Registro que, con igual nombre, funciona en Inglaterra, nos parece equidistante de ambos conceptos de inscripción obligatoria puesto que si bien el derecho inmobiliario inscrito es eficaz entre quienes lo constituyen, a pesar de que el adquirente omita el requisito de su inscripción registral, lo cierto es que prescindir de ésta ha-

ce ineficaz el derecho frente al comprador del inmueble gravado, aunque éste conozca la existencia de la carga. Este peculiar efecto de inoponibilidad de lo no registrado respecto al tercer adquirente, permite, en términos generales, emparentar el sistema inglés de registro de cargas con el sistema registral francés, al que también le une el que la finca no es tomada como unidad registral básica.

La consulta al Registro puede hacerse mediante examen directo de los archivos generales, es decir, mediante manifestación de los mismos, pero es muy aconsejable obtener una certificación oficial de consulta por estas razones:

1ª.- Su carácter concluyente en favor del comprador, o adquirente en general, al liberarle de quedar vinculado por razón de derechos registrados que no consten en la certificación.

2ª.- Proporciona protección contra la cargas inscritas en el intervalo que media entre la consulta y la consumación de la adquisición.

Efectivamente, si el adquirente consuma su adquisición antes del día décimoquinto registralmente hábil desde la fecha de la certificación, no queda vinculado por carga alguna que pueda acceder al Registro en dicho lapso de tiempo, a menos que la inscripción de la carga haya sido anunciada por el correspondiente preaviso presentado antes de que la certificación haya sido expedida.

La figura jurídica del preaviso fue introducida por la Ley del Derecho de Propiedad Reformada, de 1926, que dispuso que toda persona que pretenda inscribir cualquier carga puede, como medida previa y preventiva, solicitar una anotación registral de tal propósito. El preaviso ha de darse, por lo menos, quince días registralmente hábiles anteriores al de la inscripción; si la inscripción de la carga se produce en el plazo de treinta días posteriores a la fecha del preaviso, la —

inscripción registral produce efectos desde el momento de creación — efectiva de la carga. La razón de que el preaviso tenga una antelación de quince días hábiles es la de permitir que se extingan los efectos de una eventual certificación anterior. El mecanismo registral del — preaviso es aplicable a todo tipo de cargas.

El cierre del Registro durante quince días hábiles, por efecto — y a partir de la fecha de la certificación oficial de consulta, y el mecanismo del preaviso, que también bloquea el Registro en beneficio de quien anuncia la constitución de cargas registrales, son instituciones complementarias entre sí, que carecen de todo equivalente en — el Ordenamiento jurídico español y cuya utilidad práctica salta a la vista. El riesgo de que en el mismo momento en que una carga registral inmobiliaria se constituya en escritura pública, otra, de contenido — adverso, esté accediendo al Registro de la Propiedad, que es algo para lo que el Derecho hipotecario español no tiene solución por causa de la rígida aplicación del principio de prioridad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, imposible de funcionar preventivamente, es un problema resuelto en Derecho inglés de una manera bastante sencilla y lógica.

El sistema de inscripción de cargas irá declinando en importancia a medida que se vaya extendiendo a través del país la modalidad registral más perfecta de inscripción de títulos, que viene a sustituirla — en las zonas de inscripción obligatoria.

Los Registros de Cargas Locales Inmobiliarios se rigen por la Ley de Cargas Locales Inmobiliarias, que ponen estas instituciones registrales bajo el control y al servicio de las Corporaciones locales. Su sistema es de folio real lo que, naturalmente, facilita su consulta. Los derechos registrales son los adquiridos por las Corporaciones locales

en virtud de disposición legal; se trata de derechos públicos, a diferencia de los que se inscriben en el Registro Central, que son derechos privados. La falta de inscripción no daña la obligatoriedad del derecho, pero el perjudicado por la omisión puede exigir de la Corporación negligente que le resarza del perjuicio causado.

Por último, la mayor parte de las cargas inmobiliarias creadas por Compañías mercantiles para el aseguramiento del dinero recibido en préstamo, han de ser inscritas en el Registro de Compañías Mercantiles. Esta inscripción es suficiente en sustitución de la que, por igual concepto, habría de realizarse en el Registro de Cargas Inmobiliarias y surte igual efecto, excepto si se trata de cargas creadas después de 1-1-1970, las cuales han de inscribirse en ambos Registros. La constancia en su Registro específico es precisa para que obligue al eventual liquidador de la sociedad y a terceros acreedores de ella. Si se omite tal requisito, la deuda se considera vencida y es inmediatamente reembolsable.

Siguiendo a ROCA SASTRE (op. cit.; I; págs. 135 y siguientes), los sistemas registrales tipo, de acuerdo con sus efectos, son, además del francés, antes aludido, éstos dos:

- Registros con efecto de presunción "iuris tantum" de exactitud de lo registrado, respecto del titular registral y de exactitud absoluta en favor del tercer adquirente de buena fe por negocio jurídico registrado, cuyo modelo principal es el alemán y en el que ha tenido su principal fuente de inspiración el sistema español, y
- Registros con efecto de inatacabilidad de lo registrado respecto del titular registral, salvo excepciones tasadas. El modelo principal de este sistema es el australiano y de él se han derivado, entre otros, el Registro de Títulos imperante en Inglaterra, aunque

hay importantes divergencias entre ambos sistemas ya que respecto a determinadas y numerosas cargas (los llamados derechos menores), el Registro de Títulos imperante en Inglaterra sigue el sistema francés.

En la actualidad, la importancia del Registro de Títulos inmobiliarios es grande y creciente. La mitad, aproximadamente, de la contratación inmobiliaria afecta a inmuebles inscritos, estando prevista la progresiva generalización del sistema hasta su plena universalización. La normativa básica actual está contenida en la Ley de Registro Inmobiliario de 1925, modificada por las de igual nombre de 1933 y — 1966 y complementada por el Reglamento de Registro Inmobiliario de — igual fecha.

La idea básica del sistema consiste en sustituir la investigación del título, que es preciso realizar en cada transmisión de inmuebles — no inscritos, por un título garantizado por el Estado. El complicado — mecanismo precontractual de investigación queda sensiblemente simplificado si la finca, y su correspondiente título, están inscritos, ya que el Registro suministra información sobre las facultades del transmitente para llevar a cabo la transmisión ofrecida y sobre las cargas más — importantes que pesan sobre el inmueble; las restantes han de investigarse como si se tratara de predio no inscrito. La complejidad de los derechos inmobiliarios es de tanta monta que resulta imposible simplificar su tráfico jurídico de tal modo que el vehículo único y necesario del mismo sean los libros o archivos de un Registro.

Estas consideraciones nos introducen en una importante clasificación de los derechos inmobiliarios que se basa en los efectos que producen su constancia u omisión registral. Así, se distingue, entre dere

chos susceptibles de inscripción (registered interests), derechos dominantes (overriding interests) y derechos susceptibles de anotación registral o derechos menores (minor interests).

Antes de entrar en el estudio de estas tres categorías de derechos y de su régimen jurídico propio, hemos de constatar una importante peculiaridad del Registro de Títulos. A diferencia del de Cargas, no está abierto a consulta pública. En general, no se pueden hacer indagaciones sobre su contenido sin la autorización del titular del derecho inscrito que se pretenda investigar. Se trata, en suma, de un Registro privado y no público. Sin embargo, los Índices de Mapas y de parcelas y la relación de solicitudes de inscripción pendientes de despacho son de libre consulta, con lo que puede saberse si determinada finca ha sido o va a ser objeto de inscripción.

El carácter predominantemente privado del Registro de Títulos constituye una notable especialidad del sistema inglés, que contrasta fuertemente no sólo con nuestro sistema, sino también con el australiano o sistema *Torrens*, a cuya familia pertenece el inglés, y con el que, sin embargo, no comparte el principio de plena publicidad informativa en virtud del cual toda persona puede, en Australia, examinar los libros y pedir notas de los asientos. El Derecho inmobiliario registral español tiene establecido el denominado principio de publicidad formal que se convierte en realidad por la organización que hace la ley de un servicio de información del contenido de los asientos del Registro, puesto a disposición de cualquier interesado en consultarlo. A esta publicidad meramente formal, en el estricto sentido de consulta posible del contenido de los libros del Registro, se refiere el artículo 221 de la Ley Hipotecaria al establecer que "los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos". La publicidad formal se hace efectiva por medio de la exhi-

bición o manifestación de los asientos de los libros correspondientes o mediante certificaciones de los mismos (ROCA SASTRE; op. cit.; I, - págs. 334 y 335).

Los derechos básicos susceptibles de inscripción son la pertenencia plena y, con ciertas excepciones, la menos plena o arrendamiento real. Se inscriben en folios independientes y concordados. Puede abrirse folio al arrendamiento real aunque no esté inscrita la pertenencia plena. La constancia registral de estos derechos se articula en tres apartados:

- Inscripción del inmueble y de la pertenencia en cuya virtud se inscribe (property register), con descripción física de la finca referida a un plano. El Registro garantiza la realidad física de la finca, pero no la plena exactitud de sus linderos, salvo que se solicite la inscripción con linderos fijos, lo que es infrecuente y costoso. El que el Registro de Títulos inglés garantice la realidad de la finca constituye una gran ventaja sobre nuestro sistema, en el cual la fe pública registral (art. 38 de la L.H.) no alcanza a los datos registrales de mero hecho, según lo confirma una Resolución de la D.G.R. y N. de 1935, que declara que no se extiende la fe pública al aspecto físico de la finca.

- Inscripción de la titularidad (proprietary register) que precisa la clase de título en cuya virtud se practica la inscripción (absoluto, arrendaticio suficiente, cualificado o posesorio), datos del titular y limitaciones o cautelas que afectan a sus facultades dispositivas.

- Inscripción de las cargas (the charges register) en la que se reflejan los derechos "in alien solo" que recaen sobre la finca, como las hipotecas y las anotaciones cuya misión es salvaguardar los derechos menores.

Copia literal del contenido de los tres apartados se recoge en el "certificado de inscripción inmobiliaria" que, en unión de un plano, se entrega a cada dueño como título material de su derecho inscrito. Ahora bien, la prueba del contenido del Registro lo constituyen sus propios asientos, ya que el certificado puede perder actualidad si no se reflejan en él las variaciones habidas con posterioridad a su expedición.

En muchos Distritos la inscripción en el Registro de Títulos se ha declarado obligatoria. Hay una Oficina Central en Londres y otras Oficinas en los respectivos Distritos. La ubicación de las fincas en un área de inscripción obligatoria no implica que ésta se haya de llevar a efecto de forma inmediata y automática; ello ha de hacerse con carácter necesario sólo cuando se transmite la pertenencia plena en posesión o se constituyen o transmiten determinados arrendamientos reales. Las solicitudes para inscribir títulos sobre fincas emplazadas fuera de las zonas de registro obligatorio, sólo se admiten con carácter excepcional en virtud de circunstancias especiales.

Teniendo la inscripción carácter obligatorio y omitiéndose, sin embargo, su solicitud en el plazo de dos meses (ampliable por el Registro o los Tribunales) a contar de la fecha en que se solemnice la transmisión, ésta incurre en vicio de nulidad a los efectos transmisivos de la pertenencia legal que le son propios.

Por consiguiente, en el sistema inglés la registración es constitutiva. La titularidad de las pertenencias legales depende de la inscripción de los correspondientes títulos. La ley dispone que, hasta quedar registrados conforme a ella, ningún instrumento o documento — tendrá eficacia para crear, transferir o extinguir las pertenencias legales inmobiliarias sujetas a Registro. Este sistema también difie-

re sensiblemente del régimen registral imperante en Derecho español; - en él la inscripción declarativa es la regla y la constitutiva la excepción. Hay, entre nosotros, libertad de registración, de forma que los actos no inscritos existen jurídicamente y valen por sí; por tanto, la inscripción es declarativa ya que la mutación jurídico-real inmobiliaria se opera independientemente del Registro. Ahora bien, ya - que el Registro está establecido para que se pueda conocer la reali- zación de los actos jurídicos inmobiliarios, los que aun celebrados - no estén inscritos, existen y valen, pero no pueden perjudicar a ter- ceros, es decir, a las personas que, con los requisitos que la ley - marca, hayan confiado en lo que en el Registro constase (L.H., art. - 32), o sea, hayan confiado en que el acto no inscrito no existía (AL- BALADEJO, op. cit., III, 2º, pág. 395). En ciertos supuestos, sin em- bargo, la inscripción también es constitutiva en Derecho español, es decir, si se omite la operación registral el derecho subjetivo en - cuestión no nace o no se transmite. La excepción más saliente es la - del derecho de hipoteca (C.c. art. 1875 y L.H., art. 145); otras ex- cepciones importantes son la constitución del derecho de superficie - (art. 16 del R.H.) y los actos y contratos de trascendencia real a - favor de extranjeros sobre inmuebles sitos en zonas de interés mili- tar (Ley de 12-5-1960).

Hay cuatro clases de títulos cuya inscripción registral puede - ser solicitada: absoluto, arrendaticio válido, cualificado y poseso- rio. Son conceptos que ya tenemos estudiados (v. 7.2.3., cap. II). - Cuando la inscripción se efectúa al amparo de alguno de los títulos - no absolutos antes indicados, es factible mejorar posteriormente el - título obtenido. La mejora puede ser un derecho del titular inscrito o producirse como consecuencia del ejercicio de facultades discrecio- nales atribuidas al Registrador. Esta curiosa gama de títulos escalo- nados en función del diverso grado de protección que, en cuanto a su

exactitud, les brinda el Registro, es absolutamente desconocida en Derecho español. La exactitud del Registro se rige en nuestro Ordenamiento por los principios de legitimación (arts. 1, 3^a; 38, 41 y 97 de la Ley Hipotecaria) y fe pública registral (arts. 32 y 34 L.H.). Según el primero de ellos, sólo en principio, o sea por vía de presunción - "iuris tantum", el Registro se presume exacto en beneficio del titular registral. Esta presunción puede ser definitiva, manteniéndose en la adquisición el titular registral que reúna la condición de tercer adquirente de buena fe, cumplidos los requisitos que la ley exija. La legitimación registral en Derecho inglés es concluyente e indestructible a favor del titular inscrito, pero sólo en función de la fortaleza del respectivo título; esta limitación es aplicable también a la fe pública registral.

La solicitud de inmatriculación o primera inscripción, en las circunstancias de momento y lugar ya conocidas, ha de realizarla el titular de la pertenencia legal. El Registrador examina el título presentado a inscripción, así como las objeciones que pudieran existir para la misma, tras realizar, en todo caso, las oportunas investigaciones. No hay recurso judicial contra las certificaciones denegatorias del Registro, pero sí recurso gubernativo ante el Registrador Inmobiliario Jefe. Quien se sienta perjudicado por una eventual inmatriculación, está facultado para formular ante el Registro una oposición cautelar a que la misma se efectúe.

Al igual que en el sistema español, también en éste la finca constituye la unidad esencial del Registro inmobiliario. A cada una de ellas se le da un número, lo que inicia su inmatriculación, que constituye una de las más laboriosas operaciones del sistema, ya que requiere un completo estudio topográfico y jurídico de todos los antecedentes de la operación inmatriculatoria. Debido a los importantes efectos

que la registración produce en el sistema inglés, se comprende que los documentos presentados a registro sean objeto de una depurada verificación. Esta comprobación sube de punto, lógicamente, cuando se trata de inmatricular una finca, pues se extiende al examen de la realidad y características materiales de la misma.

El vendedor o transmitente de una pertenencia inscrita puede proporcionar al adquirente o comprador una copia simple o una copia autorizada de los asientos del Registro. La segunda hace fe hasta la fecha de su expedición. Ahora bien, la vía más aconsejable es la de la consulta oficial del Registro que desencadena un doble mecanismo protector: la obtención de un certificado oficial de consulta, que informa cumplidamente de la situación jurídica y física de la finca y la apertura de un período o plazo de prioridad (quince días, más una prórroga de catorce, a contar de la fecha del certificado) durante el cual el eventual derecho del solicitante se antepone a cualquier solicitud posterior sobre la misma finca, en el caso de que el documento constitutivo acceda al Registro dentro de los plazos indicados. Dado que la información registral sobre cargas no es exhaustiva, el vendedor está obligado a suministrar al comprador la información complementaria precisa para esclarecer la exacta situación jurídica de la finca. El certificado oficial de consulta proporciona, también en el Registro de Títulos, una reserva de prioridad que permite que quien pretenda adquirir del titular inscrito, pueda ganar rango registral por breve tiempo.

Las transmisiones inmobiliarias registrales han de llevarse a efecto con arreglo a los formularios establecidos en el Reglamento del Registro de Títulos. Recibida en el Registro la escritura solemne con arreglo a modelo y el certificado de inscripción inmobiliaria, el Registrador practica los correspondientes asientos registrales y las anotaciones pertinentes en el certificado y devuelve éste al comprador, -

si se transmite la totalidad del inmueble. Si la transmisión afecta a sólo una parte del mismo, el certificado original se modifica y se devuelve al vendedor, a la par que se expide un nuevo certificado, respecto a la parte vendida, para su entrega al comprador.

Son derechos dominantes los que vinculan al titular de las pertenencias sobre fincas registradas, aun cuando desconozcan su existencia ni la misma conste en el Registro. En general, son los mismos derechos que el adquirente de una finca no registrada debería no confiar en descubrir a través de un simple examen del sumario del título, sino mediante otras pesquisas, particularmente la inspección ocular de la propia finca. Es la ley la que confiere el carácter de dominante a éstos o aquellos derechos. Prescindimos ahora de su enumeración porque figura en el texto subsiguiente. Cabe citar, a título de ejemplo, la contribución territorial civil y eclesiástica y los derechos consolidados o en fase de consolidación al amparo de la Ley de Prescripción Extintiva de 1939.

La existencia de derechos dominantes constituye el aspecto más vulnerable del sistema registral de títulos. El Registro, al respetar la existencia extrarregistral de aquéllos, pierde, en gran medida, su condición de espejo de la realidad. Por ello, aun cuando hay quienes abogan por su abolición o, más exactamente, por la de su carácter y eficacia específicos, la categoría y peculiaridades de este conglomerado de titularidades jurídicas está llamada a subsistir, sin que tampoco quepa la solución contraria de llevarlos al Registro, ya que lo impiden razones prácticas de indudable monta.

En Derecho español no hay una categoría de derechos, legalmente reconocida, que equivalga a la de los derechos dominantes del sistema registral inglés. Hay, sin embargo, casos aislados de derechos que "domi-

nan" a los que están inscritos en el Registro, aun careciendo del amparo registral. Acudiendo al paralelismo de los ejemplos de Derecho inglés - antes citados, cabe señalar como derechos dominantes en el sistema registral español, los de quienes prescriben (usucapión o prescripción - extintiva) "contra tabulas", al amparo del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, los créditos a favor del Estado por el importe de la última anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre bienes - inmuebles, y los de los aseguradores por las primas del seguro de dos - años correspondientes a inmuebles asegurados; unos y otros son derechos preferentes, que "dominan" a los hipotecarios, aun sin constar en el Registro (arts. 1923 y 1927 del C.c.).

Son derechos menores los que requieren protección mediante su acceso al Registro, no siendo, por tanto, derechos dominantes, ni tampoco - derechos inscritos propiamente dichos. Los primeros, como acabamos de - ver, no precisan inscripción y los segundos han de inscribirse formalmente como título pertenencial. Los derechos menores han de ser anotados registralmente para no perder su eficacia frente al adquirente de - la pertenencia legal a título oneroso. Se subdividen en dos clases:

a) Los que no vinculan al comprador, incluso si están registralmente anotados, pero que están protegidos por el mecanismo del depósito o consignación liberatorios; tal es el caso de los derechos equitativos - de los beneficiarios en una vinculación estricta o fideicomiso para venta.

b) Los demás derechos menores o susceptibles de anotación registral, que son los antes enumerados como inscribibles en el Registro de Cargas Inmobiliarias. La inscripción es tan esencial para su protección que, si se omite este requisito, aun cuando se tenga conocimiento de su existencia, no vinculan al comprador a título oneroso, pero si al adquirente a título gratuito.

La protección de los derechos menores puede llevarse con arreglo a alguno de estos procedimientos registrales:

a) Anotación. Los derechos protegibles mediante anotaciones registrales son los enumerados como cargas inmobiliarias en la ley de igual nombre de 1972 y algunos otros previstos esporádicamente en otras leyes. La anotación registral no convalida el derecho, pero sí produce el efecto de que cualquier transmisión ulterior de la finca gravada — surta efecto con sujeción al derecho objeto de anotación, si tal derecho es válido por sí mismo. El punto débil de las anotaciones es que, normalmente, no son practicables sin que se presente previamente en el Registro el certificado de inscripción inmobiliaria. Por ello, sólo pueden practicarse con la cooperación del dueño del inmueble afectado.

b) Limitación voluntaria. Son asientos registrales que tienden a impedir la ejecución de actos jurídicos sobre fincas inscritas, si no se cumplen determinadas condiciones. Su origen no es contencioso sino voluntario. Sirven, entre otras cosas, para que tenga acceso al Registro de Títulos la constitución de vinculaciones estrictas y fideicomisos para venta.

c) Oposición cautelar. Es de carácter contencioso, a diferencia de los dos anteriores, y sirve para salvaguardar eventuales derechos contradictorios a los inscritos en el Registro. El titular inscrito puede cancelar la oposición y si el oponente no lo acepta, se suscita conflicto que pasa a la jurisdicción del Registrador o de los Tribunales. Si el titular inscrito no cancela, todo acto referente a su derecho ha de ser notificado al oponente. En suma, las oposiciones cautelares no otorgan más prioridad ni protección que la facultad de ser notificados y de objetar.

d) Prohibición. Es una orden judicial o registral que prohíbe cualquier acto respecto a propiedad inscrita, bien de forma absoluta o hasta que llegue cierto tiempo o se produzca determinado evento.

En el círculo de los derechos menores se engloban la gran mayoría de las cargas o derechos reales "in alieno solo" y algunos otros como los derechos equitativos de los beneficiarios de vinculaciones estrictas o fideicomisos para venta. Su protección, cualquiera que sea el procedimiento seguido, es muy débil si se compara con la que se dispensa a las pertenencias. Reaparecen los criterios generales del sistema francés de inoponibilidad de lo no registrado respecto al tercer adquirente, lo que, en suma, permite afirmar, como antes decíamos, que el sistema registral de títulos imperante en Inglaterra es mixto, puesto que mezcla elementos tomados de los patrones francés y australiano. La protección dispensada a los derechos "in alieno solo" en el Ordenamiento registral español es la misma, antes vista, que se da a la propiedad, y que se expresa en los principios de legitimación y fe pública. Nada que envidiar, en este punto, al Derecho inglés.

Amplias facultades rectificatorias están conferidas a los Tribunales y a los Registradores cuando se padece error u omisión en la práctica de las inscripciones registrales. Ahora bien, al titular que, además de ser poseedor, está registralmente protegido, la rectificación sólo puede perjudicarlo en supuestos muy limitados y tipificados (para dar efecto a un derecho dominante, por culpabilidad en el error, omisión o fraude padecido, etc...). El derecho a obtener indemnización es total está previsto en favor de quien resulte perjudicado por rectificaciones registrales que no se basen en alguno de los motivos indicados, o que tengan su origen en error u omisión registral que no puedan ser rectificadas, o en pérdida o destrucción de documentos confiados a la custodia del Registro.

Los mecanismos prácticos y formularios que dan operatividad al — sistema registral inglés pueden estudiarse, entre otras muchas, a través de estas dos obras: "Land Registration Forms" de Ruoff (Londres, - 1973) y "Land Registry Practice" de Quickfall (Londres, 1972).

- o - o - o -

La institución registral inmobiliaria no está organizada con arreglo a un sistema o patrón único. Como ya tuvimos ocasión de exponer (apartado 7 del capítulo anterior) cuando trazamos las líneas generales del sistema inmobiliario inglés, las necesidades en función de las cuales se crea y funciona la institución registral están satisfechas, principalmente, por dos modalidades de Registro: el de cargas (registration of incumbrances) y el de títulos (registration of titles). Hay, además, algunas modalidades especiales cuya aplicación se circunscribe a constatar la existencia de cargas particulares, como son los Registros de Cargas Inmobiliarias Locales (Local Land Charges Registers) y el basado en una especialidad subjetiva: el Registro de Compañías Mercantiles (Companies Register). A ellos habremos de referirnos muy someramente.

El Registro de Cargas Inmobiliarias (registration of incumbrances) es un sistema jurídico que regula la constancia pública de aquéllas, los efectos de la misma y el funcionamiento de las Oficinas que, con su correspondiente aparato administrativo, hacen operativos los fines previstos por las normas registrales. Las personas que pretendan ser titulares activos de determinadas cargas inmobiliarias sobre cualquier finca cuyo título no esté inscrito, tienen obligación de inscribirlas en dicho Registro. El titular del derecho debe formular la correspondiente declaración en los impresos habilitados al efecto, sin que el Registrador investigue ni el Registro garantice el contenido de lo manifestado por el declarante.

La finalidad que se persigue con este sistema registral es facilitar a todo comprador de fincas o, en general, adquirente de derechos inmobiliarios, la investigación más rápida y segura posible de las cargas reales que eventualmente pesen sobre ellas. Como excepción a la regla general de que el comprador queda vinculado por los derechos equitativos existentes sobre el inmueble de los que tuviere noticia, está establecido que no hay tal sujeción cuando, a pesar de ser preceptiva la inscrip-

ción de aquellos derechos, se omite el cumplimiento de esta obligación; y ello, aunque el comprador o adquirente a título oneroso tuviere conocimiento efectivo de la existencia de la carga no inscrita. Por consiguiente, en lo que afecta a los derechos registrales, la consulta del Registro permite al adquirente conocer de antemano cuales son las cargas que gravan el predio correspondiente.

El Registro de Títulos (Registration of titles) es, sin duda, la modalidad registral más completa y progresiva del Derecho inglés. Cualquier título sobre fincas existentes en Inglaterra puede tener acceso a este Registro, pero sólo en determinadas demarcaciones territoriales -las llamadas - "zonas obligatorias" (compulsory areas)- la inscripción es preceptiva. Este sistema registral difiere del anterior en múltiples aspectos: da fe del título inmobiliario en su conjunto y no de cada transacción individualmente considerada; está organizado en base al sistema de folio real y no de folio personal; el Registrador no sólo investiga el título sino que, cuando lo estima satisfactorio, lo garantiza; permite soslayar el laborioso sistema de investigación del título que precede a la contratación inmobiliaria y hace posible el conocimiento de muchas de las cargas inmobiliarias, aunque no de su totalidad.

Hasta hace muy poco (1976) ha existido también otro Registro de carácter general, el denominado de Escrituras Inmobiliarias Solemnes (Registration of deeds), que tenía limitado el ámbito de su aplicación territorial puesto que únicamente regía en el condado de Yorkshire -el más extenso de Inglaterra-, habiéndose aplicado también en el de Middlesex hasta que en 1937 se decretó, para este territorio, la obligatoriedad del sistema más moderno y progresivo de títulos. Esto mismo es lo que se ha hecho para el de Yorkshire, con efectos escalonados en 1972 y 1976 (cierre parcial y total respectivamente). La semejanza fundamental entre este periclitado sistema registral y el de cargas consistía en que el Registrador tampoco in-

vestigaba ni el Registro garantizaba el contenido del documento que accedía al Registro. La principal diferencia entre ambos radicaba en que en el de Escrituras una copia íntegra de éstas debía ser presentada, en unión del original, archivándose aquélla y devolviéndose éste al presentante con nota de haber sido registrado. El propósito adicionalmente perseguido por esta modalidad registral era el de asistir al comprador en la comprobación del título del transmitente, evitando los perjuicios que podrían derivarse de la alteración o supresión de documentos.

4.1. Registro de Cargas Inmobiliarias (Registration of Incumbrances)

Dentro de este sistema se hace preciso distinguir entre el Registro - Central de Cargas Inmobiliarias (the Central Land Charges Register), los - Registros Locales de Cargas Inmobiliarias (Local Land Charges Registers) y el Registro de Compañías Mercantiles (Companies Register).

4.1.1. El Registro Central de Cargas Inmobiliarias (the Central Land Charges Register).

4.1.1.1. Derechos Registrables

La Ley de Cargas Inmobiliarias (Land Charges Act) de 1972 es la norma reguladora de la inscripción de cargas inmobiliarias que ha venido a reemplazar, en el ámbito de su aplicación, a la doctrina equitativa del conocimiento objetivo (v. 3, capítulo II). La Ley es, en muchos aspectos, reproducción de textos legales precedentes, concretamente de la que, con igual nombre,^{se} promulgó en 1925. Su Reglamento (Land Charges Rules, 1974) regula el procedimiento registral y fija los formularios y el contenido de los asientos.

El Departamento de Cargas Inmobiliarias del Registro Inmobiliario (the

Land Charges Department of the Land Registry) -ésta es su nomenclatura completa- se subdivide en cinco Registros separados, el último de los cuales es considerablemente más importante que los demás.

a) Acciones pendientes (pending actions). Se incluye en este apartado del Registro toda acción, información o procedimiento que se encuentre — pendiente ante los Tribunales y que tenga por objeto directo cualquier derecho inmobiliario, pero no las reclamaciones sobre el precio de una venta predial ya consumada ni las acciones que pretendan impedir aquélla hasta — que determinada controversia no inmobiliaria quede resuelta (Taylor v. Taylor, 1968; Calgary and Edmorton Land Co. Ltd., v. Discount Bank (Overseas) Ltd., 1971). Comprende también, a partir de 1925, las peticiones de declaración de quiebra. Por consiguiente, toda persona que estimando ser titular de un derecho sobre una finca, ejercite una acción judicial para hacerlo efectivo, debe llevar a registro este hecho a fin de que, si el demandado pretende transmitir su derecho antes de que la causa sea resuelta, el — adquirente no quede inmune a los eventuales resultados de la acción pendiente. La constancia registral de las acciones pendientes se mantiene cinco — años, pudiéndose renovar por períodos sucesivos de igual duración.

b) Censos vitalicios (annuities). Constituyen una modalidad de renta censal cuya duración se extiende a la vida de una o varias personas o está en función de ella o de ellas (p.ej. a favor de X durante noventa y nueve años si vive durante todo ese tiempo), siempre que la fecha de su constitución esté comprendida entre 1855 y 1926 y que su origen no esté en una — vinculación matrimonial o en un testamento. Ningún censo vitalicio puede — tener acceso a este Registro después de 1925. Esta última excepción es de tal amplitud que equivale a que la mayoría de los censos vitalicios queden marginados de esta sección del Registro y sujetos, por tanto, a las normas generales: si son de carácter legal obligan a todos, incluido cualquier adquirente, si son equitativos también obligan a todos con la sola excepción

del adquirente a título oneroso que no tenga conocimiento de su existencia y, por último, si nacen de una vinculación "inter vivos" o "mortis causa", son susceptibles de consignación o depósito judicial que permiten liberar - el inmueble de la carga.

En suma, la constancia registral de estas cargas pueden sintetizarse - del siguiente modo:

- Censos vitalicios creados o inscritos antes de 1925. Son los únicos que - constan en la sección registral que ahora nos ocupa.
- Censos constituidos antes de 1926, pero no registrados hasta ese año. Son registrables como cargas inmobiliarias de la Clase E.
- Censos constituidos y registrados con posterioridad a 1925. Son registra- bles como cargas reales de la Clase C (cargas equitativas de carácter ge- neral). Los censos vitalicios, precisamente por este carácter, son necesa riamente de naturaleza equitativa a partir de 1925.

Los dos primeros apartados, tienen carácter transitorio, puesto que — comprenden derechos a extinguir, que tienen una fecha tope de creación, sin que en ellos puedan incluirse otros creados con posterioridad.

c) Autos y resoluciones judiciales sobre bienes inmuebles. (Writs and - orders affecting land). No se refiere a resoluciones judiciales dictadas al interponerse una acción judicial -el instrumento idóneo a tal fin es la sección registral de acciones pendientes- sino a los autos y resoluciones judi- ciales que se dictan para hacer efectivo lo juzgado por los Tribunales.

Entre los que pueden tener acceso a esta sección, destacan aquéllos con los que se pretende hacer efectivas sentencias que declaran afectas ciertas fincas al pago de determinadas cantidades, o que nombran un depositario o ad ministrador inmobiliario como medio para la ejecución de fallos judiciales.

Los efectos de la inscripción se prolongan a lo largo de cinco años, - pero pueden renovarse por períodos sucesivos de igual duración.

d) Escrituras de cesión en pago. La Ley de Escrituras de Cesión en Pago (the Deeds of Arrangement Act) de 1914 incluye dentro de este concepto todo documento en virtud del cual el control sobre las propiedades de un - deudor, insolvente o no, se transmite en beneficio de sus acreedores. Un - supuesto muy común es la transmisión a un fiduciario de la totalidad de un patrimonio, realizada por un deudor en favor del conjunto de sus acreedo— res.

La inscripción registral de estas escrituras es efectiva durante cinco años y, asimismo, puede ser renovada por períodos iguales. La inscripción puede ser realizada por el fiduciario que actúa de mediador o por cualquier acreedor aceptante de la cesión o que se beneficie de ella.

e) Cargas Inmobiliarias (Land Charges). Es esta una expresión de am— plio significado, dentro de la cual se engloban una gama muy diversa de - facultades y derechos inmobiliarios. La Ley de Cargas Inmobiliarias (the Land Charges Act) de 1972 las clasifica en cinco grupos diferentes, deno— minados A, B, C, D, E y F. Las cinco primeras proceden de la anterior Ley de Cargas Inmobiliarias de 1925 y la última fue añadida a la citada lista por la Ley de Domicilios Conyugales (Matrimonial Homes Act) de 1967.

Clase A

Comprende las rentas o sumas de dinero que gravan fincas, de acuerdo con lo solicitado por cualquier persona con facultades para ello y de con— formidad con las previsiones legales al efecto. Con carácter general, — la finalidad perseguida por esta modalidad de cargas inmobiliarias es la de asegurar el reintegro de cantidades invertidas en los predios en los — supuestos previstos en las varias leyes reguladoras de la materia: Ley de Dre

najes (Land Drainage Act) de 1930, Ley de Propiedades Agrícolas (Agricultural Holdings Act) de 1948, Ley de Arrendadores y Arrendatarios (Landlord — and Tenant Act) de 1927, etc... Así, por ejemplo, si un arrendador que sea titular vitalicio de la pertenencia, y que, por consiguiente, carezca de facultad para obtener más adelante la titularidad de la pertenencia plena sobre la finca, debe abonar al arrendatario determinadas cantidades por obras realizadas por éste, está facultado para solicitar que el reintegro de las mismas quede garantizado por el inmueble.

Estas cargas son registrables cualquiera que sea la fecha de su creación. Si lo han sido o lo son después de 1888, deben ser registradas de inmediato y si ya estaban creadas en dicha fecha, han de serlo en el plazo de un año a contar de su primera transmisión a partir de esa fecha.

Clase B

Se agrupan bajo esta rúbrica las cargas inmobiliarias que, siendo semejantes en naturaleza a las comprendidas en la clase A, no se crean a solicitud de determinada persona facultada para ello sino que se imponen automáticamente, en virtud de disposición legal al efecto. Muchas de éstas son cargas inmobiliarias locales, las cuales se llevan en Registro separado, por lo que resulta escaso el número de las que quedan incluidas en este apartado. En realidad, se constituyeron en grupo independiente como consecuencia de un fallo judicial (R.v. Land Registry, 1889) que resolvió que no estaban comprendidas en la clase A, ni por tanto eran asimilables a ellas en su tratamiento jurídico. Un ejemplo lo constituye la carga resultante del pago — realizado por quien no está obligado a ello, liberando la finca de un débito por contribución territorial.

Es obligatoria la inscripción de las constituidas a partir de 1925 y — también las anteriores a dicho año dentro del año siguiente a la primera — transmisión de la carga.

Clase C

La importancia de esta clase estriba en que posibilita la constancia registral de determinadas hipotecas y, en general, de los precontratos inmobiliarios. Estas cargas, aun constituidas con anterioridad a 1926, son registrables cuando se transmiten después de 1925; para solicitar la inscripción hay un plazo de un año a contar de la transmisión, pues de otro modo la carga es inoperante frente a los compradores del predio al que grava. Se incluyen dentro de ella las siguientes cuatro cargas:

- Hipotecas menores (puisne mortgage). Son hipotecas legales, entendiendo este término en contraposición a equitativo, que no están protegidas por el depósito de los títulos relativos a la pertenencia legal a la que afectan.
- Cargas en favor de dueños limitados (limited owner's charges). Son las — que, con carácter equitativo, se constituyen en favor de un titular vitalicio de la pertenencia o del dueño estatutario (v. 1.3.2., parte II, cap. III) como consecuencia de haber satisfecho la cuota del impuesto sucesorio u otras obligaciones relativas a la finca, y a los que legalmente se concede esta especial garantía a fin de asegurar su reembolso. Así, si al fallecer el titular vitalicio de un inmueble vinculado el pertinente impuesto sucesorio es satisfecho por el siguiente titular vitalicio, con — cargo a sus propios recursos monetarios en lugar de hacerlo con cargo al predio, el nuevo titular vitalicio queda facultado para recuperar lo que hubiere anticipado en los mismos términos que si hubiese prestado dicho — importe con garantía hipotecaria del inmueble. Tal carga es registrable — en este apartado.
- Cargas equitativas de carácter general (general equitable charge). Se — agrupan en este apartado, que tiene carácter residual, las cargas equitata

tivas cuyas notas comunes son tres de carácter negativo: no estar includas en ningún otro apartado de cargas inmobiliarias, no hallarse protegidas mediante el depósito de los títulos relativos a la pertenencia plena a la que afectan y no surgir o afectar a derecho que surja de un fideicomiso para venta o de una vinculación estricta. Se trata, en suma, de cargas equitativas que no pueden ser incluidas en otros grupos. A título de ejemplo diremos que comprende las hipotecas de carácter equitativo en — las que concurren las tres notas indicadas.

- Precontratos sobre pertenencias legales (estate contracts). De entre los grupos en que se descompone la clase C es el único que no tiene naturaleza de derecho real de garantía. Abarca los precontratos escritos u ora—les (Universal Permanent Building Society v. Cooke, 1952) cuya finalidad sea transmitir o crear una pertenencia legal, siendo uno de los contra—tantes el titular presente o expectante de la misma en la fecha de otor—gamiento del precontrato. En la práctica, quedan incluidos en esta rúbri—ca los precontratos para la transmisión de la pertenencia plena, los es—tablecidos para la constitución de arrendamientos reales (Sharp v. Coa—tes, 1949) y las opciones para adquirir cualquiera de ambos derechos — (Beesly v. Hallwood Estates Ltd. 1960). También se incluyen aquellos precontratos en que se pacta la transmisión de una pertenencia de tanto su—perior a la que ostenta la persona que se obliga a transmitir, lo que — ocurre cuando el arrendatario de año en año se compromete para el supues—to de que adquiriera la pertenencia plena, a otorgar en favor del actual — subarrendatario un arrendamiento de diez años de duración (Sharp v. Coa—tes, 1949). También quedan dentro del ámbito de este apartado la notifica—ción hecha por un arrendatario, en un arrendamiento de larga duración, de su pretensión de adquirir la pertenencia plena.

Ya sabemos (v. 1., parte IV, cap. III) que el efecto de mayor trascen—dencia de los precontratos inmobiliarios es el de conferir al comprador un

derecho equitativo hasta la consumación de su adquisición.

Clase D

Las cargas inmobiliarias de la clase D están divididas en tres categorías. Ninguna de ellas es registrable a menos que su origen sea posterior a 1925.

- Cargas por razón del impuesto sucesorio (charge for death duties). La — Ley del Derecho de Propiedad de 1925 dispone que, sin perjuicio de la — responsabilidad de carácter general que, en cuanto al pago del impuesto sucesorio, alcanza a los administradores-ejecutores de la herencia (personal representatives) si tal obligación no es registrada como una carga real, el comprador adquiere la finca libre de dicha responsabilidad fiscal. Los Recaudadores de las Rentas Públicas Inmobiliarias (Commissioners of Inland Revenue) pueden solicitar la inscripción de estas cargas al — producirse el fallecimiento del causante. Solamente es inscribible la — carga fiscal por sucesión en la pertenencia plena, pero no en la menos — plena.
- Pactos restrictivos del uso (restrictive covenants). Su concepto fue estudiado en el epígrafe 4 de la parte III del presente capítulo. La única puntualización que resulta procedente en este lugar es que los establecidos entre arrendador y arrendatario no son inscribibles.
- Servidumbres de uso equitativas (equitable easements). De conformidad — con lo prevenido legal y jurisprudencialmente (Shiloh Spinners, Ltd. v. Harding, 1971) se engloban en este concepto las servidumbres de uso, derechos y privilegios sobre inmuebles o que les afecten, siempre que tengan el carácter de derechos reales meramente equitativos. Presumiblemente, las servidumbres de disfrute de naturaleza meramente equitativa (equita-

ble profits a prendre) son igualmente incluibles en este apartado (E.R. Ives Investment Ltd. v. High, 1967). La aparente amplitud que parece — conferir a este apartado la expresión "derecho o privilegio" inmobiliario no pasa de ser un espejismo, ya que derechos nacidos de la aplicación de la doctrina de los actos propios (E.R. Ives Investment Ltd. v. High, 1967) y la facultad de retirar, al final del arrendamiento, muebles incorporados (Poster v. Slough Estates Ltd., 1969) se consideran, entre otros, no registrables en este apartado.

Clase E

Quedan comprendidos bajo este epígrafe los censos vitalicios constituidos antes de 1926, pero no registrados hasta ese año. Nos hemos referido a ellos un poco más arriba al tratar, con carácter general, de la constancia registral de los censos vitalicios.

Clase F

Este apartado, de creación relativamente reciente, tiene su punto de arranque en la Ley del Domicilio Conyugal (the Matrimonial Homes Act) de 1967. De acuerdo con lo prevenido en este texto legal, un cónyuge está facultado para continuar en o recuperar la posesión de la vivienda que, en calidad de domicilio conyugal, el otro tenga derecho a ocupar en virtud — de cualquier pertenencia, derecho real, contrato o disposición legal (Penn v. Dunn, 1970). Los términos en que este derecho está legalmente delimitado han sido ya examinados en el apartado 2 de la parte III del capítulo — que nos ocupa.

Tal derecho, aunque legalmente configurado como una carga real, sólo vincula a compradores o acreedores hipotecarios si el mismo se inscribe — como carga inmobiliaria en este capítulo.

4.1.1.2. Efectos de la inscripción registral y de su omisión

Es de la mayor importancia tener presente que las cargas inmobiliarias que afectan a los inmuebles cuyos títulos no están registrados constan registralmente en folio personal y no en folio real, a diferencia de lo que ocurre cuando la finca está inicialmente registrada. El nombre que sirve de base al folio personal es el del titular de la pertenencia sobre la que se constituye la carga al tiempo en que ésta se crea. Si el adquirente desea consultar exhaustivamente el Registro donde estén recopiladas las cargas antes enunciadas y catalogadas, debe determinar previamente los nombres de todos los titulares de la pertenencia legal desde el 1 de enero de 1926. Aunque ello, en la práctica, pueda resultar imposible, el adquirente quedará vinculado por las cargas inmobiliarias registradas. Las dificultades — prácticas — y el coste — que por la imperfección del sistema son inherentes a la consecución de una plena y efectiva publicidad registral, únicamente pueden ser paliadas mediante la conservación, por cada comprador que forme la cadena de adquirentes, del certificado oficial de la consulta registral realizada por él cuando llevó a efecto su adquisición, uniendo tal documento a los títulos para que los sucesivos compradores puedan utilizar tal — conjunto de documentos complementarios como elemento de consulta.

A pesar de la endeblez que confiere al sistema su arquitectura de carácter personal, el acceso de las cargas inmobiliarias al Registro especial previsto para ellas constituye, para todas las personas y a todos los fines vinculados con el inmueble afectado, conocimiento actual de los derechos — inscritos. Así lo dispone claramente — y con carácter general, es decir, sin perjuicio de las excepciones previstas — la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, en relación con la de Cargas Inmobiliarias de igual año, confirmando lo la de 1972.

En 1955, cuando iban transcurridos treinta años de funcionamiento del Registro de Cargas Inmobiliarias, surgió la posibilidad de que los nombres

de las personas contra los cuales fueron registrados las cargas correspondieran a titulares anteriores al resultante del documento con el que se — inicia la investigación o sumario del título, el llamado "buen fundamento del título" (good root of title)(v. 1.2.1. de esta misma parte). Este es, en suma, el problema de las llamadas antiguas cargas inmobiliarias (old — land charges) cuando se ponen de manifiesto una vez otorgada la escritura; su posibilidad se acentuó en 1969, cuando la obligación del vendedor de — acreditar la suficiencia de su título se redujo al período de los quince — años precedentes a la transacción. Puede ocurrir, en consecuencia, que un comprador carezca de toda posibilidad de determinar los nombres de todos — los titulares de la pertenencia legal desde el 1 de enero de 1926 y que, — sin embargo, a efectos legales, tenga conocimiento actual de las cargas — inscritas que puedan afectarle. Ante la imposibilidad de reorganizar el Registro de Cargas con base territorial, es decir, por el sistema de folio — real, la única solución a largo plazo es la de acelerar los trabajos de es — tablecimiento del sistema de Registro de títulos, que es, en suma, lo que se está haciendo. Interinamente, la Ley del Derecho de Propiedad de 1969 — ha habilitado un sistema de compensaciones financieras con cargo a fondos públicos a favor de compradores damnificados por cargas inscritas pero no descubiertas, cuya eficacia se mantiene. Los dos requisitos principales — para beneficiarse de estas compensaciones son que el comprador no tenga — conocimiento efectivo o actual de la carga y que el dueño contra el que — ésta fue inscrita no tenga intervención alguna en documentos que sirvie— ron de base para la investigación del título.

La doctrina de que la inscripción registral supone "per se" conoci— miento actual de la existencia de la carga, puede llegar a constituir, en el caso de los arrendamientos reales, una ficción singularmente violenta. Sin perjuicio de lo que, en cuanto a la investigación del título por el — arrendatario, se estipule especialmente en el precontrato que preceda a —

su solemne constitución, estipulación que a veces se omite y otras no se cumple, está legislado que en un precontrato conciso antecedente de la constitución del arrendamiento, el arrendatario no queda facultado para investigar el título del arrendador. En la causa "Patman v. Harland", fallada en 1881, se fijó la doctrina de que en un precontrato conciso el arrendatario, que podía haber pactado su derecho a investigar el título, habiendo, no obstante, renunciado a ello al elegir la forma precontractual concisa, quedaba vinculado por todas las cargas que hubiera podido descubrir, incluso si hubiera realizado una adecuada investigación del título. Esta violenta ficción fue abolida para todos los arrendamientos posteriores a 1925, — pues, a partir de esta fecha, al arrendatario tiene derecho, en todo caso, a investigar el título del arrendador pero carece de facultad, salvo pacto en contrario, para obligarle a colaborar en ella. Ahora bien, los pactos limitativos del uso que pueden, a partir de tal fecha, tener acceso al Registro de cargas, y que constituyen una de las eventuales amenazas más graves para el arrendatario, pueden pasarle desapercibidos por el sistema personal en función de la cual está ordenado el Registro y por la ausencia de derecho del arrendatario para obligar al arrendador a que colabore en la investigación. Conviene recordar, para apreciar en su justa dimensión la trascendencia de esta normativa, que la inscripción supone conocimiento para todas las personas y a todos los fines relacionados con el predio. En suma, la posición del arrendatario en lo que respecta a los pactos limitativos del uso puede sintetizarse así: en los arrendamientos y pactos constituidos antes de 1926 es de aplicación la doctrina "Patman v. Harland"; — si ambos derechos fueron constituidos a partir de 1 de enero de 1926, la situación se rige por las normas relativas a los efectos de las cargas inscritas; y finalmente, si el pacto está establecido antes de 1926 y el arrendamiento es posterior, la posición del arrendatario mejora por cuanto, a menos que tenga conocimiento de otra manera, la doctrina "Patman v. Harland" no es de aplicación y los pactos no son registrales .

Cuando se omite la constancia registral de las cargas antes considera das se producen ciertos efectos que, al no ser homogéneos para todas ellas, procede sean agrupados en dos diferentes categorías:

- a) La carga es inoperante frente a un "comprador" (como sinónimo de adquirente) a título oneroso de cualquier derecho sobre la finca.
- b) La carga es inoperante frente a un "comprador" (asimismo en cuanto sinónimo de adquirente) de la pertenencia legal sobre la finca por precio - en metálico.

Precisando las diferencias conceptuales entre a) y b), cabe señalar, entre otras, que el comprador de un derecho equitativo está incluido entre los titulares protegidos con arreglo al primer apartado y excluido del ámbito de actuación del segundo. En ambos casos, la palabra comprador -insistimos- debe ser interpretada en sentido amplio, teniendo cabida dentro de tal concepto los arrendatarios, acreedores hipotecarios y demás adquirentes a título oneroso.

En general, la omisión del acceso al Registro tiene los efectos previstos en el precedente apartado a). Ahora bien, cuando se trata de cargas de clase D o C (en cuanto al grupo de los precontratos inmobiliarios) su - no constancia registral produce los efectos señalados en el apartado b), - con la excepción de los precontratos inmobiliarios otorgados antes de 1926, a los que son aplicables los efectos catalogados en el apartado a).

Con sujeción al régimen dual que acabamos de citar, el conocimiento - actual de la existencia de la carga es indiferente. La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 dispone que, cuando un derecho inmobiliario resulta inoperante frente a un comprador, de conformidad con lo prevenido en la Ley - de Cargas Inmobiliarias del mismo año, dicho comprador no resulta afectado por el conocimiento efectivo de aquél. La inoperancia es total incluso aun

que el comprador adquiriera mediando pacto expreso de afección a una carga - que, sin embargo, no está registrada (Hollington Bros Ltd. v. Rhodes, 1951); en suma, los efectos, tanto de la inscripción registral como de su omisión, son automáticos.

Digamos, para rematar este punto, que el momento crucial en cuanto al juego de las cargas y a su operatividad frente a terceros adquirentes es - el de la consumación de la transmisión, de la pertenencia o derecho de que se trate, o sea, el de la formalización y operatividad de la escritura solemne; la inscripción de cargas efectuada con posterioridad no impone carga alguna al adquirente.

4.1.1.3. Consulta del Registro y sus efectos; preavisos (searches and priority notices).

El procedimiento lógico para que quien pretenda adquirir un derecho - inmobiliario pueda descubrir la existencia de las cargas registrables que lo graven, es la consulta del Registro donde las mismas consten. Ello puede hacerse mediante examen directo de los archivos registrales, es decir, mediante manifestación de los mismos, pero es muy aconsejable obtener una certificación oficial de consulta (official certificate of search) por las siguientes razones:

1ª.- Es concluyente en favor del comprador (o adquirente en general) y, por consiguiente, le libera de quedar vinculado por razón de derechos registrados que no consten en la certificación (Stock v. Wanstead and Woodford - Borough Council, 1962; Oak Cooperative Building Society v. Blackburn, 1968).

2ª.- El abogado, fiduciario o persona que, actuando en nombre de otro, solicita la consulta, queda protegido de la imputabilidad de los errores en que pueda incurrir si prescinde de la certificación.

3ª.- Proporciona protección -y éste es con mucho el efecto más positivo e interesante- contra las cargas inscritas en el intervalo que media entre la consulta y la consumación de la adquisición. Efectivamente, si el adquirente consume su adquisición antes de que transcurra el décimoquinto día hábil desde la fecha de la certificación, no queda vinculado por carga alguna que pueda acceder al Registro en dicho lapso de tiempo a menos que la inscripción de la carga haya sido anunciada por el correspondiente preaviso (priority notice) presentado antes de que la certificación haya sido expedida.

No es preciso consultar cada sección o apartado del Registro separadamente; una sola instancia es suficiente para todas ellas.

Tal como hemos puesto de relieve en páginas anteriores (epígrafe 1 - de la parte que estamos desarrollando), un comprador o adquirente, en general, normalmente no investiga el título del vendedor o transmitente, asimismo en general, antes de haber otorgado el precontrato. En la causa "Frosey and Hollebone's Contract", fallada en 1927, se sentó el criterio de que un comprador, en la fecha del precontrato, tiene conocimiento efectivo o supuesto de las cargas inmobiliarias inscritas en el Registro. La dificultad en que se ve un comprador que hubiere otorgado un precontrato conciso es la de que, en dicho momento, desconoce los nombres que constituyen la llave indispensable sin la que el caudal informativo contenido en el Registro permanece oculto; por ello, puede verse obligado a cumplir un precontrato relativo a un inmueble que esté sujeto a cargas que el comprador o adquirente no pueda descubrir. Con objeto de paliar esta situación contractual excesivamente onerosa, la Ley del Derecho de Propiedad de 1969 ha establecido la norma de que, respecto a los precontratos otorgados a partir del 1 de enero de 1970, un comprador o adquirente, en cuanto al vendedor o transmitente, únicamente queda vinculado por aquellas cargas inmobiliarias de las que tenga conocimiento actual o atribuido (imputed notice) (v.4.4.2.,

cap. II). Consiguientemente, el hecho de que una carga esté inscrita no — priva automáticamente al comprador de la posibilidad de rescindir el pre— contrato. El titular de la carga registrada, no obstante, continúa protegi— do ya que la constancia registral de su derecho supone conocimiento general de su existencia.

El hecho de que una carga no pudiera ser registrada antes de su efec— tiva constitución, ocasionaba ciertas dificultades de tipo práctico, mer— mando agilidad al tráfico jurídico inmobiliario, o haciendo inviable su — acceso de Registro. Así, si V conviene en vender una finca a P, quien para obtener el precio necesita contratar una hipoteca con M, reservándose el — vendedor determinada facultad sobre el inmueble mediante un pacto restric— tivo del uso establecido con P al pactarse la compraventa, resulta que si la hipoteca es inmediata a la compra, el pacto restrictivo del uso, por — falta de tiempo para acceder al Registro, es inoperante para el acreedor — hipotecario y para quienes traigan causa de él. La Ley del Derecho de Pro— piedad, Reformada (the Law of Property, Amendment, Act), de 1926, removi^ó este obstáculo disponiendo que toda persona que pretenda inscribir cualquier carga puede, como medida previa y preventiva a ello, solicitar una anota— ción registral de tal propósito. Este preaviso (priority notice) ha de dar— se por lo menos quince días registralmente hábiles antes de la fecha de — creación de la carga; si la inscripción de la carga se produce en el plazo de treinta días posteriores a la fecha de preaviso, la inscripción regis— tral produce efectos desde el momento de creación efectiva de la carga. La razón de que el preaviso sea de quince días hábiles es la de permitir que se extingan los efectos de una eventual certificación anterior. El mecanis— mo registral del preaviso es aplicable a todo tipo de cargas.

En suma, y tratándose de fincas no inscritas, es decir, a las que to— davía no se aplica el sistema de Registro de Títulos, hay, en primer lugar, la pertenencia que el comprador está adquiriendo. Después hay, al menos en

potencia, una serie de pretensiones sobre el inmueble que el sumario del título puede no poner de manifiesto pero que si tienen carácter legal, vincularán al adquirente, como los derechos, o más bien cuasi derechos, del usurpador del título, de acuerdo con la Ley de Prescripción Extintiva (Limitation Act) de 1939. Respecto a ellos no cabe al comprador sino realizar sus propias investigaciones, particularmente la inspección de la finca. Finalmente, hay una categoría residual de cargas equitativas que no tienen acceso al Registro ni son susceptibles de depósito o consignación liberatorias (overreaching) y que vinculan al comprador o adquirente a menos que lo sea a título oneroso y de buena fe, es decir, sin conocimiento de la existencia de la carga. Ejemplo de ellos pueden ser pactos restrictivos del uso (restrictive covenants) no inscribibles. Todo este caudal de derechos subjetivos y situaciones jurídicas, discurre al margen del Registro de Cargas Inmobiliarias.

El sistema de inscripción de cargas irá declinando en importancia a medida que se vaya extendiendo a través del país la modalidad registral, más perfecta, de inscripción de títulos, que viene a sustituirla en las zonas de inscripción obligatoria.

4.1.2. Registros de Cargas Locales Inmobiliarias (Local Land Charges Registers).

Se rigen por la Ley de Cargas Locales Inmobiliarias (Local Land Charges Act) de 1975 que pone tales Registros bajo el control y al servicio de las Corporaciones locales. Difieren del Registro Central en que su sistema está basado en el folio real, en lugar de en el personal, lo que, naturalmente, facilita su consulta.

Los derechos registrables son cualquiera de los adquiridos por dichas Corporaciones locales, en virtud de disposición legal. Muchas y muy hetero

géneas cargas pueden recogerse en estos Registros, siendo clasificables en financieras, restrictivas y adquisitivas. Subrayemos que se trata de derechos públicos, lo que constituye otra importante diferencia respecto del Registro Central, que acoge derechos privados. Como ejemplos de las mismas cabe citar las servidumbres legales de carreteras que gravan las fincas - en base a la legislación de planificación territorial, etc...

La Ley de 1975 ha introducido un cambio muy significativo en la regulación de los efectos que lleva aparejada la no inscripción de estas cargas. El artículo (section) 10 dispone que la omisión de la constancia registral no perjudica su obligatoriedad, pero el adquirente a título oneroso de algún derecho sobre la finca gravada, está facultado para obtener compensación económica de cualquier pérdida experimentada en sus derechos por efecto de la no inscripción de la carga o por su omisión en el certificado oficial de consulta. Con la introducción de este sistema, que pretende salvaguardar a un tiempo los intereses públicos y los privados, se superan las insuficiencias de la normativa precedente, que ocasionaba la caducidad de las cargas no inscritas o no reflejadas en la certificación, a pesar del carácter público de la inmensa mayoría de ellas.

4.1.3. Registro de Compañías Mercantiles (Companies Register)

Finalmente, la mayor parte de las cargas inmobiliarias creadas por Compañías mercantiles para el aseguramiento de dinero recibido en préstamo han de ser inscritas, dentro del plazo de veintiún días contados a partir de su creación, en el Registro de Compañías Mercantiles instituido por la Ley de Compañías Mercantiles (Companies Act) de 1948. Esta inscripción es suficiente en sustitución de la que, por igual concepto, habría de realizarse en el Registro de Cargas Inmobiliarias y, como es lógico, surte igual efecto, excepto si se trata de cargas creadas después de 1 de enero de 1970, ya que en tal caso deben inscribirse también en el Registro de Cargas Inmobiliarias. La constancia en su Registro específico es neces—

ria para que obliguen al eventual liquidador de la sociedad y a terceros acreedores de ella. Omitido tal requisito, las deudas se consideran vencidas y son inmediatamente reembolsables.

4.2. Registro de títulos (Registration of title)

En la actualidad, la importancia del Registro de títulos inmobiliarios es grande y creciente; no puede, sin embargo, considerarse un sistema registral nuevo pues ya en 1862 y 1875 se promulgaron, respectivamente, las Leyes de Registro y Transmisión de Inmuebles (Land Registry Act and Land Transfer Act) estableciendo la inscripción de títulos inmobiliarios con carácter voluntario. Pocos títulos resultaron inscritos, hasta que la Ley de Transmisión de Inmuebles (Land Transfer Act) de 1897 decretó la obligatoriedad de la inscripción de los mismos para el Condado de Londres.

La normativa básica actual está recogida en la Ley de Registro Inmobiliario (Land Registration Act) de 1925, modificada por las de igual nombre de 1936 y 1966 y complementada por el Reglamento de Registro Inmobiliario (Land Registration Rules) de igual fecha que la primitiva Ley, reformado en 1930, 1936, 1956 y 1967. También es aplicable la Ley de Registro de Inmuebles (Land Registration Act) de 1971. La mitad, aproximadamente, de la contratación inmobiliaria afecta a inmuebles inscritos, estando prevista, según indicábamos más arriba, la progresiva generalización del sistema hasta su plena universalización, lo que da idea de la definitiva importancia del sistema registral cuyo estudio abordamos.

La idea básica del sistema es reemplazar la investigación del título, que es preciso realizar en cada transmisión de inmuebles no inscritos, — por un título garantizado por el Estado. En el caso de que la transacción inmobiliaria concierna a fincas no inscritas, el adquirente está en la necesidad de determinar por sus propios medios (entre los que tiene papel —

principalísimo los auxilios técnico-jurídicos profesionales) y a través - del sumario del título, consulta de escrituras y otros documentos, inspección ocular del predio, etc..., si el transmitente está facultado para - transmitir el derecho inmobiliario de que se trate y si el mismo está limitado o condicionado por estas o aquellas cargas. Todo este complicado - mecanismo precontractual queda sensiblemente simplificado si la finca, y su correspondiente título, están inscritos puesto que el Registro suministra información sobre las facultades del transmitente para llevar a cabo - la transmisión ofrecida y sobre las cargas más importantes que pesan sobre el inmueble; las restantes han de investigarse como si se tratara de predio no registrado. La complejidad de los derechos inmobiliarios es de tanto monta, que resulta imposible simplificar su tráfico jurídico de tal modo que el vehículo único y necesario del mismo sean los documentos archivados en un Registro. El sistema registral que nos ocupa no es perfecto pero sí difícilmente mejorable en la práctica.

Como complemento de estas consideraciones generales sobre el sistema registral de títulos e introducción al estudio más detallado del mismo, - que realizaremos en los epígrafes siguientes, digamos que, desde el punto de vista de sus efectos frente a terceros adquirentes, los derechos reales inmobiliarios sobre fincas registradas son clasificables en tres grupos: - derechos susceptibles de inscripción (registered interests), derechos dominantes (overriding interests) y derechos susceptibles de anotación registral o derechos menores (minor interests).

A diferencia del Registro de Cargas Inmobiliarias, el de Títulos no - está abierto a consulta pública. En general, nadie puede hacer indagaciones sobre su contenido sin la autorización del titular del derecho inscrito sobre el que se recaba información. No se trata, por ello, de un Registro público sino privado. No obstante, los Índices de Mapas y de Parcelas (Index Map and Parcels Index) están expuestos a pública consulta, así como

la lista de solicitudes pendientes de despacho, con lo que puede saberse - si determinada finca ha sido o va a ser objeto de inscripción.

4.2.1. Derechos susceptibles de inscripción (registered interests)

Las únicas pertenencias que pueden ser inscritas son las legales: la pertenencia plena absoluta en posesión y, con ciertas excepciones, la pertenencia menos plena o arrendamiento real. Ambos se inscriben en folios - independientes pero conectados mediante recíprocas notas de concordancia. Puede abrirse folio para la inscripción del arrendamiento real aunque no esté inscrita la pertenencia plena.

La inscripción registral de cualquiera de estos derechos, sin perder su unidad de archivo, está dividida en tres partes:

- La inscripción del inmueble y de la pertenencia en cuya virtud se inscribe (property register); contiene la descripción física de la finca referida al plano correspondiente y la mención de los derechos establecidos en beneficio del predio (como servidumbres legales respecto a los cuales la finca tiene carácter dominante). Los linderos determinados en los planos en los que consta la representación gráfica de la finca son de carácter general (general boundaries), es decir, tan aproximados a la realidad como sea posible, quedando a cargo del dueño de la finca determinar - la posición exacta de los mismos mediante inspección ocular y demás comprobaciones que estime oportunas. El Registro, en suma, procura la exactitud de tan importante dato físico pero no la garantiza, salvo que se solicite la inscripción con linderos fijos (Lee v. Barrey, 1957) (fixed boundaries), operación física y jurídica que se lleva a cabo oficialmente, a costa del petitionario, pudiendo ocurrir que el resultado de la misma no - permita la fijación de linderos pretendida, por lo que en la práctica tales instancias son prácticamente desconocidas.

- La inscripción de la titularidad (proprietorship register), que — precisa la clase de título en cuya virtud se practica la inscripción (absoluto, arrendaticio suficiente, cualificado o posesorio), especifica el — nombre, dirección y cuantos datos contribuyan a identificar al titular y las restricciones o cautelas ("cautions", "inhibitions", "restrictions"; v. 4.2.8. siguiente) que afectan a las facultades dispositivas del título.

- La inscripción de la cargas (the charges register), parte en la que se deja constancia de los derechos reales "in alieno solo" que recaen sobre la finca, tales como hipotecas o pactos limitativos del uso y, en general, todas las anotaciones (notices) cuya función sea proteger derechos de terceros susceptibles de anotación o derechos menores (minor interests).

Copia literal del contenido de los tres apartados de cada inscripción se recoge en el "certificado de inscripción inmobiliaria" (Land Certificate), el cual, en unión de un plano del predio, se entrega a cada dueño como título material de su derecho inscrito, reteniéndolo en su poder hasta que transmite o grava su derecho sobre la finca. Ahora bien, la prueba concluyente del derecho del titular inscrito son los asientos registrales y — no el certificado de inscripción inmobiliaria, dado que éste puede fácilmente perder actualidad si no se reflejan en él puntualmente todos los — asientos que se produzcan con posterioridad a la fecha de su expedición.

4.2.2. Inscripción obligatoria y voluntaria (compulsory and voluntary registration).

En buen número de distritos o zonas el Registro de Títulos Inmobiliarios ha quedado establecido con carácter obligatorio, estando prevista su progresiva implantación en todo el país. Hay una Oficina Central en Londres, lo que no supone que el Registro en cuanto Institución esté centralizado; — su funcionamiento se lleva a través de las oficinas de los diversos Distritos Registrales competentes en las áreas o zonas que respectivamente les están asignadas.

La ubicación de las fincas en un área de inscripción obligatoria no implica que ésta se haya de llevar a efecto de forma inmediata y automática; ello ha de hacerse con carácter necesario únicamente cuando se transmite la pertenencia plena en posesión o se constituyen o transmiten determinados arrendamientos reales.

La posición registral de estos últimos nos obliga a distinguir entre arrendamientos de inscripción prohibida, de inscripción obligatoria y de inscripción voluntaria. Está prohibida la inscripción de un arrendamiento, aun cuando la finca esté en zona de registro obligatorio, cuando se constituye por plazo de veintiún años o menos, contiene prohibición absoluta de cesión o es un arrendamiento constituido con fines de garantía hipotecaria (mortgage term) pendiente del posible ejercicio de una facultad de redención. Por el contrario, la inscripción del arrendamiento es preceptiva respecto a fincas enclavadas en "áreas obligatorias" si se constituye por plazo de cuarenta años o más, o se traspaşa arrendamiento ya constituido para cuya extinción queden por transcurrir asimismo cuarenta o más años; también es obligatoria cuando el título de la pertenencia en la que se base la constitución del arrendamiento esté inscrito, sea o no zona de inscripción obligatoria, y se le asigne un plazo superior a veintiún años. Esta regla es consecuencia del principio de que los actos dispositivos — efectuados por un dueño cuyo título esté inscrito, deben ser igualmente inscritos, entendiéndose que la creación de un arrendamiento es un acto dispositivo. Finalmente, la inscripción de cualquier otro arrendamiento real es voluntaria; tal es el caso, por ejemplo, de un arrendamiento por plazo de treinta años constituido por el dueño de una pertenencia plena — cuyo título no esté registrado.

Cuando, en los supuestos antes contemplados, la inscripción es obligatoria y sin embargo no se solicita en el plazo de dos meses (ampliable por el Registro o los Tribunales) a contar de la fecha en que se solemniza

ce la transmisión, ésta es nula en cuanto vehículo para transmitir la pertenencia legal. El plazo límite de dos meses no es aplicable si la obligatoriedad de la inscripción del arrendamiento dimana de que el título está previamente inscrito, pero entretanto la inscripción no se produce la transmisión de la pertenencia legal no se consuma.

Las solicitudes para inscribir títulos sobre fincas emplazadas fuera de las zonas de registro obligatorio, son sólo admitidas en virtud de circunstancias que lo hagan aconsejable o necesario a juicio del Registrador Inmobiliario Jefe (Chief Land Registrar). Entre los supuestos de inscripción voluntaria que han sido admitidos figuran los de edificios de veinte o más apartamentos, los de títulos que constaban en escrituras destruidas durante la Segunda Guerra Mundial o como consecuencia de alguna catástrofe colectiva o si se pierden la totalidad o gran parte de las escrituras custodiadas en los archivos de un abogado de la propiedad inmobiliaria y también si la solicitud proviene de Corporaciones locales u otras que fomentan la construcción de viviendas para venta y alquiler.

4.2.3. Clases de títulos inscribibles y su mejora (conversion)

Ya hemos hecho referencia y explicado (v. 7.2.3., cap. II) que hay — cuatro diferentes clases de títulos cuya inscripción registral puede ser solicitada: absoluto (absolute), arrendaticio válido (good leasehold), cualificado (qualified) y posesorio (possessory).

Cuando la inscripción se efectúa al amparo de alguno de los títulos — no absolutos antes indicados, es factible mejorar posteriormente el título obtenido. La mejora puede ser un derecho del titular inscrito o producirse como consecuencia del ejercicio de facultades discrecionales atribuidas al Registrador.

La mejora a título absoluto o arrendaticio válido constituye derecho para quienes ostentan título posesorio cuando los mismos permanecen, respectivamente, inscritos por plazo de quince años (título posesorio de una pertenencia plena) o de diez (título posesorio de una pertenencia menos plena o arrendamiento real) siempre que se acredite, a satisfacción del Registrador, que los titulares solicitantes de la mejora están en posesión de la finca correspondiente.

La mejora es facultad discrecional del Registrador en los siguientes supuestos: conversión en título absoluto o arrendaticio válido si la inscripción se hizo con título posesorio antes de 1925; conversión asimismo en título absoluto o arrendaticio válido si la finca estuviere inicialmente inscrita con título cualificado, posesorio o arrendaticio suficiente y se transmite a título oneroso, y conversión a título absoluto si el inmueble ha estado inscrito durante diez años con título arrendaticio suficiente y se acredita, a satisfacción del Registrador, que el arrendatario ha estado en posesión de la finca durante dicho plazo. En todos estos supuestos, el Registrador debe realizar las mismas investigaciones que son procedentes para autorizar por vez primera el acceso del título al Registro, debiendo decidir en función del resultado de sus pesquisas.

4.2.4. Solicitud de inmatriculación y oposición cautelar a la misma (application for first registration and caution).

La solicitud de inmatriculación o primera inscripción en las circunstancias de momento y lugar indicadas en el precedente apartado 4.2.2., ha de realizarla el titular de una pertenencia legal (plena o menos plena), figurando entre ellos quienes ostenten la condición de fiduciarios de la misma. Además, cualquier persona facultada para solicitar la adjudicación de una pertenencia legal (excepto un comprador en precontrato y un acree—

dor hipotecario) están igualmente facultados para solicitar la inscripción. Así, si A ostenta la titularidad de un predio en fideicomiso simple (bare or passive trust) en favor de B (v. 1.1., parte II, cap. II), esté puede solicitar la inmatriculación sin que sea preciso que se solemnice transmisión inmobiliaria previa entre A y B, ya que normalmente — aquél también concurrirá en la solicitud.

El Registrador examina el título presentado a inscripción, así como las objeciones que pudieran existir para la misma, tras realizar, en todo caso, las oportunas investigaciones. En suma, investiga y califica, — contándose entre sus amplias y discrecionales facultades la de aceptar — un título defectuoso si, según su criterio, la pertenencia a la que se — refiera no será perturbada por reclamación adversa. No hay recurso judicial contra las calificaciones denegatorias del Registro (Dennis v. Malcolm, 1934). Se puede recurrir, no obstante, al Registrador Inmobiliario Jefe el cual ostenta jurisdicción especial en la materia.

Cualquier interesado en finca determinada que estime le puede sobrevenir perjuicio como consecuencia de su inmatriculación registral, está facultado para formular ante el Registro una oposición cautelar (caution) a que la inscripción se efectúe. Así, una persona que considere que ha — mediado fraude en una transmisión inmobiliaria en la que ha sido parte, puede evitar que la misma se inscriba en su perjuicio mediante la indicada oposición. La oposición cautelar puede presentarse también para evitar una mejora de título. Requerido el opositor para que manifieste los motivos de su oposición, debe hacerlo en un plazo determinado, generalmente catorce días a contar de la fecha del requerimiento. La oposición cautelar no proporciona más protección ni prioridad que la posibilidad de objetar una inmatriculación o mejora al título previsiblemente perjudiciales. Los abusos que puedan producirse en el ejercicio de este recurso cautelarmente defensivo están desalentados por la disposición que establece

que los daños causados por una oposición en la que se aprecie temeridad — son indemnizables.

4.25. Prescripción extintiva y adquisitiva (limitation and prescription)

Un título sobre finca registrada puede adquirirse de acuerdo con lo — establecido en la Ley de Prescripción Extintiva (Limitation Act) de 1939, de igual modo que si la finca no estuviese registrada. No obstante, en el caso de predios inscritos, no se adquiere título alguno sobre pertenencia legal hasta que el título del poseedor adverso o usurpador quede registrado; mientras tanto, el dueño inscrito ostenta la titularidad de la pertenencia en fideicomiso a favor del usurpador. La inscripción en favor del usurpador puede ajustarse a cualquiera de los cuatro títulos conocidos — (absoluto, arrendaticio válido, cualificado y posesorio).

De igual modo, la prescripción adquisitiva especial de servidumbres de uso y de disfrute —o constitución mediante otorgamiento presunto, se—gún el léxico alternativamente utilizado en 3.1.4.4. y 3.2.4. de la parte III del presente capítulo— puede tener por objeto tanto fincas inscritas como no inscritas. Una servidumbre de uso o de disfrute adquirida en virtud de prescripción tiene la consideración de legal si, dadas las caracteristicas concurrentes en su adquisición, es equiparable a las de tal clase; en otro caso, tiene rango de derecho meramente equitativo. Si se configuran como servidumbres legales, adquieren, si recaen sobre fincas inscritas, el rango de derechos dominantes (v. más adelante 4.2.7) y si el Registrador lo estima oportuno puede dejar constancia de su existencia mediante anotación (notice) en los folios tanto del predio dominante como del sirviente.

4.2.6. Consulta del Registro y sus efectos; mecanismo transmisorio de derechos.

El sistema de inscripción registral de títulos afecta a los derechos inmobiliarios en lo concerniente a su tráfico jurídico, singularmente contractual, en forma tal que entraña diferencias muy sensibles del que rige para los predios no sujetos al mismo.

Teniendo presente lo dicho para la contratación inmobiliaria de títulos no inscritos (apartado 1.2. de esta parte), se aprecia que en la fase de las investigaciones preliminares y del precontrato no hay diferencias entre ambas clases de títulos. Ahora bien, la investigación del título — propiamente dicha es radicalmente diferente. El vendedor no precisa preparar el sumario del título ni hacer acopio de los documentos que lo respalden, debiendo en cambio autorizar al comprador para que consulte la inscripción registral de su título.

El vendedor, para facilitar al comprador la consulta del Registro, — puede limitarse a proporcionarle una copia simple del contenido de los — asientos registrales que afecten a la finca objeto de la transacción. Para confirmar la exactitud del contenido de este documento se ha de hacer una consulta que puede ser personal (poco interesante por cuanto no pone en marcha los mecanismos de protección registral a los que de inmediato — nos referiremos) u oficial.

Si, alternativamente, y lo que es más común, el vendedor proporciona al comprador una copia oficial (office copy) de los asientos del Registro, expedida por éste, el adquirente puede confiar en la exactitud de su contenido hasta la fecha de su expedición. Ahora bien, y si como parece aconsejable, sigue la vía de la consulta oficial del Registro mediante la correspondiente solicitud o instancia, desencadena un doble mecanismo protector; la obtención de un certificado oficial de consulta (certificate — of official search) que le informa cumplidamente de la situación jurídica y física de la finca (si ha precedido copia oficial de los asientos el —

contenido del certificado enlaza con la fecha de la misma) y la apertura de un período o plazo de prioridad (priority period), cuyo efecto es el de que cualquier solicitud relativa a la misma finca queda pospuesta al eventual derecho del cuasi comprador, durante un plazo de quince días hábiles a contar de la fecha del certificado, prorrogable por una sola vez durante otros catorce días, siempre que el instrumento (escritura solemne según el formulario adecuado) tenga acceso al Registro antes de que el plazo o su prórroga expiren.

Dado que la información registral sobre cargas posibles no es exhaustiva, el vendedor está obligado a suministrar al comprador la información documental y de todo tipo precisa para establecer con rigurosa exactitud la situación jurídica complementaria de la finca cuya transmisión se pretende.

Si el título está registrado no ha lugar a inscripción alguna en los Registros de Cargas puesto que los asientos practicados en el de Títulos absorben el contenido de éstos. No es preciso, pues, efectuar consulta alguna en tales registros en el supuesto de fincas cuyo título está registrado. Por el contrario, el Registro de Títulos, no asume la función encomendada a los Registros de Cargas Locales y de Compañías Mercantiles, de cuya consulta no puede prescindirse aunque se trate de predios cuyo título esté registrado.

Las transmisiones inmobiliarias registrables han de llevarse a efecto con arreglo a los formularios establecidos en el Reglamento del Registro de Títulos, según lo exigido por la sección 62 de la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925. La transmisión se hace efectiva mediante escritura solemne cuya forma no difiere de lo que sobre ella tenemos ya dicho en otro lugar (apartado 1.2.2. de esta parte). La escritura debe ser enviada al Registrador junto con el certificado de inscripción inmobiliaria (Land Certificate). La inscripción completa la transmisión y ex

tingue el título del transmitente con efectos desde la fecha en que la solicitud de información registral para la compra quedó formalmente presentada. En cuanto al contenido de estas escrituras, abarca los mismos elementos esenciales de las que tienen por objeto títulos no inscritos (1.2.2.3. de esta parte) con la obligada inclusión de los datos registrales del título en cuestión. Recibida en el Registro la escritura solemne redactada con arreglo al modelo o fórmula prevista en el Reglamento y el certificado de inscripción inmobiliaria, el Registrador practica los correspondientes asientos registrales y las anotaciones pertinentes en el certificado y devuelve éste al comprador si transmite la totalidad del inmueble. Si la transmisión afecta a sólo una parte del mismo, el certificado original se modifica y devuelve al vendedor, a la par que se expide un nuevo certificado respecto a la parte vendida, para su entrega al comprador.

La medida y manera en que la transmisión de los títulos inscritos y no inscritos repercute en los derechos reales que limitan su contenido o condicionan su ejercicio, ha sido vista, para los no inscritos, al referirnos a los efectos derivados del Registro de Cargas Inmobiliarias y centrará nuestra atención, para los inscritos, en los párrafos siguientes. Anticipemos, no obstante, respecto a éstos que el adquirente recibe con todos los beneficios jurídicos inherentes al predio, incluso, por ejemplo, las servidumbres de uso constituidas tácitamente ("implied easements"; v. — 3.1.4.3., parte III, de este capítulo), y sujeto a todas las cargas que gravan el derecho del transmitente, salvo que se trate de un adquirente a título oneroso, el cual adquiere libre de los derechos reales menores (minor interests), excepto los que estén protegidos por un asiento registral.

4.2.7. Derechos dominantes (overriding interests)

Los derechos dominantes vinculan al titular de las pertenencias sobre

fincas registradas, aun cuando desconozcan su existencia ni la misma conste en el Registro. En general, son los mismos derechos que el adquirente de una finca no registrada debería no confiar en descubrir a través de un simple examen del sumario del título, sino mediante otras pesquisas, particularmente la inspección de la propia finca. Muchos de ellos, si bien — no todos, son derechos de carácter legal, pero hemos de subrayar que, en lo concerniente a las cargas que afectan a las fincas inscritas, el criterio determinante respecto a si un comprador está vinculado por un derecho o carga que no conste en el Registro no es el de si ésta es legal o equitativa, sino si se trata de un derecho dominante o menor.

La enumeración de los principales derechos dominantes está contenida en la sección 70 de la Ley del Registro Inmobiliario (Land Registration — Act) de 1925, habiendo sido completada por leyes posteriores. Vamos a referirnos a ellos por apartados y en forme genérica, de acuerdo con el carácter y límites de nuestro estudio. Veamos su enumeración:

a) Un primer grupo lo integran las servidumbres de disfrute de origen legal o comunidades de pastos (rights of common) (v. 3.2.2., parte — III, cap. III), los derechos públicos subjetivos (public rights) (v.3.1.3, parte III, cap. III) y todas las servidumbres de uso y disfrute, no sólo privadas sino también públicas, excepto las servidumbres de uso equitativas que, según el criterio más probable (Poster v. Slough Estates, Ltd., 1969), son derechos menores y no dominantes.

b) Las afecciones para la conservación de caminos rurales, defensas marítimas y fluviales, contribución territorial civil y eclesiástico (diez mos sobre fincas en favor de la parroquia) son también derechos dominantes.

c) Los derechos consolidados o en fase de consolidación al amparo de

la Ley de Prescripción Extintiva (Limitation Act) de 1939 gozan también de esta consideración.

d) Asimismo los derechos de cualquier persona en ocupación actual de la finca o que perciban de ella rentas o productos (frutos civiles o naturales), a menos que la investigación de su existencia haya resultado negativa. Entre estos derechos se incluyen la opción de compra del derecho remanente, incluida en un arrendamiento (Webb v. Pollmount Ltd. 1966) y el derecho de retención que, por razón del precio, asiste al vendedor (London and Cheshire Insurance Co. Ltd. v. Laplagrene Property Co. Ltd., 1971). Muchos de los arrendamientos reales, dada la gran diversidad de figuras que se incluyen en esta noción general, quedan comprendidas en este grupo. Hasta qué punto es importante la ocupación actual en los derechos de este grupo, en los que la misma es presupuesto natural de eficacia —y sin la cual el derecho no es dominante—, lo demuestran estos ejemplos: un arrendatario que concede una autorización de goce inmobiliario (licence) sin que ocupe él, simultáneamente, la finca, no es ocupante a estos efectos; tampoco se entiende ocupada la finca por el marido si quien exclusivamente la ocupa es la esposa (Strand Securities Ltd. v. Caswell, 1965). Este importante subgrupo ofrece a los poseedores de fincas inscritas mayor protección de la que, en igualdad de situación, gozan los de fincas no inscritas. Así es, porque la protección no sólo abarca su derecho de ocupantes propiamente dichos (Grace Rymer Investment Ltd. v. Warte, 1958) sino también otros, como precontratos y opciones no inscritos en concepto de cargas inmobiliarias. Además, la percepción de frutos y rentas se considera suficiente, aunque no vaya unida a posesión inmediata del inmueble. Por ello puede afirmarse que este apartado es una aplicación a la propiedad inscrita, generosamente interpretada, de la clásica doctrina del conocimiento (notice) ampliamente elaborada, como sabemos (v. 4.4.2., cap. II) para la propiedad no inscrita.

e) En el caso de títulos cualificados, posesorios o arrendaticios su-

ficientes, tienen tal carácter todos los derechos relativos a los predios - correspondientes que queden, por desconocimiento, al margen de la inscripción.

f) Las Cargas Inmobiliarias Locales hasta tanto sean inscritas dentro del plazo legal, y aun después (v. 4.1.2. precedente). Constituyen estas - cargas una categoría de suma importancia práctica, dado el creciente intervencionismo administrativo imponiendo límites de todo tipo al dominio privado. Asimismo, se incluyen en este grupo determinados derechos de caza y para la práctica de otros deportes.

g) Arrendamientos por plazo que no exceda de veintidós años constituido a cambio de renta, pero sin capital o precio inicial satisfecho por el - arrendatario al arrendador (fine).

h) Entre los derechos añadidos a la lista en virtud de leyes posteriores cabe mencionar, a título de ejemplo, los atribuidos a la Oficina Nacional del Carbón (National Coal Board) para la consecución de sus finalidades propias.

El Registrador puede practicar asientos precisando que la finca está - libre o sujeta a determinados derechos dominantes. Su única obligación respecto a la anotación registral de su existencia se refiere a la de las servidumbres de uso, disfrute, facultades, privilegios o beneficios creados en virtud de instrumento escrito (y no, por ejemplo, una servidumbre de - uso adquirida por prescripción) que aparezca en el título al practicarse - la inmatriculación de la finca (v. antes 4.2.5., "in fine", la inscripción no obligatoria para el Registrador de la servidumbre adquirida por prescripción).

La existencia de derechos dominantes ofrece un débil flanco respecto a la eficacia informativa y la protección que brinda el Registro. Este, al

respetarse su existencia extrarregistral, pierde, en gran medida, su condición de espejo de la realidad. Hay un evidente choque de intereses entre — los titulares de tales derechos y la muy legítima aspiración del comprador a una plena información y garantía sobre el objeto y situación de su compra.

Por ello, no faltan quienes abogan por la abolición de los derechos de dominantes o más exactamente de su carácter y eficacia específicos. La realidad es que tales aspiraciones abolicionistas no pasan del terreno de los buenos deseos, pues el heterogéneo conglomerado de derechos dominantes no — puede, de un plumazo, ser privado de su condición de tales, con el único — objeto de favorecer al comprador o adquirente. Tampoco cabe la solución con traria de llevarlos al Registro ya que lo impiden razones prácticas de indu dable monta; en suma, su supresión como tales derechos dominantes lesiona— ría muy respetables intereses públicos y privados que en aras del bien co— mún han de primar sobre los del adquirente.

4.2.8. Derechos menores o susceptibles de anotación (minor interests).

Dejando a un lado su minuciosa definición legal, basta, a nuestros fi— nes, decir que son aquéllos que requieren protección mediante su acceso al Registro, y que no son ni derechos dominantes ni derechos inscritos propia— mente dichos. Los primeros, como acabamos de ver, no requieren inscripción — y los segundos han de inscribirse formalmente como título pertenencial. Los derechos menores han de ser anotados registralmente pues si no pierden su — eficacia frente al adquirente de la pertenencia legal a título oneroso (Mi— les v. Bull, 1969). Se subdividen en dos clases:

a) Los que no vinculan al comprador, incluso si están registralmente — anotados, pero que están protegidos por el mecanismo del depósito o consig— nación liberatorios (overreaching); tal es el caso de los derechos equitati— vos de los beneficiarios en una vinculación estricta o fideicomiso para ven— ta.

b) Los demás derechos menores o susceptibles de anotación registral; son los mismos que tienen acceso al Registro de Cargas Inmobiliarias (epígrafe 4.1.1.1. de esta parte); la inscripción es tan esencial para su protección que, aun cuando se tenga conocimiento de ellos, sino están inscritos, no vinculan al comprador a título oneroso, pero sí al adquirente a título gratuito (Smith v. Morrison, 1974; Hodges v. Jonez, 1935; Lusignan v. Johnson, 1973).

Su protección registral puede llevarse a efecto por alguno de estos procedimientos:

a) Anotación (notices). Los derechos protegibles mediante anotaciones registrales son todos los comprendidos en la rúbrica genérica de cargas inmobiliarias, enumerados en la Ley de igual nombre de 1972 y algún otro (por ejemplo, el derecho de cónyuge a ocupar la vivienda del otro, de acuerdo con la Ley de Viviendas Matrimoniales de 1967) cuya exhaustiva enumeración estimamos innecesaria.

Su efecto es el de asegurar que cualquier transacción ulterior de la finca gravada surta efecto con sujeción al derecho objeto de la anotación. La validez de aquél es independiente de su anotación registral, por lo que ésta no entraña nunca convalidación de derechos ineficaces o nulos. La anotación, en suma, suministra información sobre la existencia de la carga, ante la eventualidad de transacciones a título oneroso de la pertenencia sobre la que recae. Su función, por consiguiente, es asimilable a la inscripción de las cargas en el Registro especial de las mismas del que nos hemos ocupado antes (v. 4.1. precedente). Con sujeción a estos condicionamientos, las anotaciones cumplen un papel importante respecto a cargas tales como servidumbres de uso, pactos limitativos del mismo, ciertos arrendamientos, etc... Estas anotaciones, en cuanto cargas u obligaciones, son, por supuesto, registralmente independientes de la inscripción de los arrendamientos (v. 4.2.1. precedente) y servidumbres en cuanto derechos (apartado registral de cargas y de titularidad, respectivamente). La protección -

mediante anotación registral no excluye la que sea posible obtener mediante otros dispositivos de la maquinaria registral: de hecho hay una serie de arrendamientos que es prudente anotar, aunque la ley les dé el carácter de derechos dominantes.

El punto débil de las anotaciones en cuanto sistema protector de derechos es que, normalmente, no son practicables sin que se presente previamente en el Registro el certificado de inscripción inmobiliaria (Land certificate) (v. 4.2.1. anterior), a menos que ya estuviese depositado en el Registro, por existir una carga anterior. Por ello, las anotaciones, generalmente, sólo pueden practicarse con la cooperación del dueño del inmueble afectado.

b) Limitación voluntaria (restriction). Las limitaciones voluntarias son asientos registrales tendentes a impedir actos jurídicos sobre fincas inscritas si no se cumplen condiciones o exigencias determinadas. Su origen no es contencioso sino voluntario, a diferencia de los otros dos procedimientos que estudiaremos a continuación. Se practican en el apartado de titularidad (propriatorship register) por cuanto entrañan limitación de la libre facultad dispositiva del titular. Puntualizando su carácter voluntario, añadiremos que el mecanismo para su aplicación requiere consentimiento del titular afectado o instancia al Registrador por parte de persona interesada. El Registrador puede negarse a anotar aquellas limitaciones voluntarias que juzgue irrazonables o que puedan producir inconvenientes innecesarios. Las limitaciones voluntarias sirven, entre otras cosas, para que tenga acceso al Registro la constitución de vinculaciones estrictas y de fideicomisos para venta.

c) Oposición cautelar (caution). A diferencia de los dos procedimientos antes examinados, éste es de carácter contencioso y se utiliza para -

salvaguardar eventuales derechos contradictorios a los de los titulares de las pertenencias o derechos reales inmobiliarios inscritos o en trance de inscripción. Si la oposición es contra la titularidad de la pertenencia legal, se hace constar en el apartado de titularidad (proprietorship register) y si va contra algún derecho real "in alieno solo", ha de figurar en el de cargas (charges register). El titular inscrito de unas y otros puede cancelar la oposición (warn off the caution), lo que el Registrador debe notificar al actor de la oposición; si éste no se opone o si consiente en el plazo establecido, el asiento de oposición cautelar se cancela. En caso contrario, y si el conflicto no se zanja mediante acuerdo con el titular inscrito, el asunto se atribuye a la jurisdicción del Registrador o de los Tribunales.

Si el titular inscrito no cancela la oposición incoada, ésta subsiste en cuanto asiento registral con el efecto de que el Registrador no puede inscribir ningún acto jurídico que afecta al derecho que padece la oposición, sin notificar previamente al actor. Hecha la notificación y transcurrido el plazo previsto en ella, se producen efectos análogos a los de la cancelación de la oposición.

Como ya sabemos (v. 4.2.4. precedente), la oposición cautelar también puede dirigirse contra la primera inscripción de la finca y contra la conversión del título, con arreglo a un procedimiento similar al que hemos visto en los párrafos precedentes. Baste con esta cita recordatoria para mantener una visión de conjunto del tema.

Las oposiciones cautelares no otorgan más prioridad ni protección — que la facultad de ser notificado y de objetar. Por supuesto, la objeción puede prosperar o fracasar. Al igual que para las oposiciones cautelares que pueden torpedear la primera inscripción, las demás, cuando se plantean temerariamente, obligan a quienes las incoan a reparar los daños que causen.

d) Prohibición (inhibition). Es una orden judicial o registral que — prohíbe cualquier acto respecto a propiedad inscrita, bien de forma absoluta o hasta que llegue cierto tiempo o se produzca determinado evento. — Se ordena a solicitud de persona interesada y se recurre a ella cuando — no hay ningún otro medio para proteger la reclamación que le sirve de fondo. Se trata de un recurso de carácter excepcional al que se acude en circunstancias extremas, como cuando se presume un eventual fraude cuyo objeto sean derechos inscritos. A veces, no obstante, se usa de él de manera rutinaria, como cuando se da trascendencia registral a las situaciones de quiebra.

4.2.9. Rectificación registral e indemnización (rectification and indemnity).

Amplias facultades rectificatorias están conferidas a los Tribunales y a los Registradores cuando se padece error u omisión en la práctica de — las inscripciones registrales; tal ocurre, por ejemplo, cuando un falso titular queda inscrito en lugar del verdadero. Ahora bien, al titular que — además de ser poseedor está registralmente protegido, la rectificación — únicamente puede perjudicarlo en alguno de estos casos:

- Para dar efecto a un derecho dominante.
- Cuando con sus actos ha contribuido sustancialmente al error, omisión o fraude cuya rectificación se pretenda.
- Cuando el acto dispositivo del que inmediatamente traiga causa su derecho, sea nulo o padezca igual defecto algún acto dispositivo anterior — que no lo sea a título oneroso.
- Cuando sería injusto no rectificar (Chowood Ltd. v. Lyall, 1930; Deptford High Street, 1951; Claridge v. Tingey, 1967).

El derecho a obtener indemnización estatal está previsto en favor de cualquiera que resulte perjudicado por:

- Una rectificación registral que no se base en alguno de los motivos indicados.
- Un error u omisión registral que no puede ser rectificado.
- La pérdida o destrucción de cualquier documento presentado en el Registro para inspección o custodia, o la comisión de error en el contenido de la certificación expedida para atender las consultas oficiales del Registro.

Ahora bien, el derecho a obtener indemnización se pierde siempre que el reclamante haya causado o sustancialmente contribuido a la pérdida de los documentos, por conducta fraudulenta u omisión de las adecuadas medidas precautorias. Además, y según ha declarado la jurisprudencia para un supuesto particular, si alguien compra una finca con un usurpador en posesión de parte de ella, la subsiguiente rectificación del Registro excluyendo dicha parte del ámbito de su título sólo surte efecto en favor del derecho dominante del usurpador, sin que ello dé derecho a indemnización en favor del usurpado, ya que la rectificación es motivada por el carácter dominante del derecho y no por razones propiamente registrales (Re Chowood's Registered Land, 1933).



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5329561211

PAGE 828 A 98

TE
707

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

CAPITULO IV

EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES

EPIGRAFES 1 A 5

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

MADRID, 1977



S U M A R I O P A R T I C U L A R

	<u>Pág.</u>
Capítulo IV	
EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES	
1. LA GARANTIA REAL Y SUS FORMAS: CONCEPTOS BASICOS.	328
* COMENTARIO	328
TRATADO	334
2. EVOLUCION HISTORICA DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA.	338
* COMENTARIO	338
TRATADO	349
2.1. La hipoteca y el Derecho común.	349
2.2. El derecho equitativo de redención (equity of redemption).	351
2.3. Hipoteca de pertenencias menos plenas.	353
2.4. Hipotecas equitativas (equitable mortgages).	355
2.5. La reforma legislativa de 1925 y el sistema hipotecario.	356
3. CLASES DE HIPOTECA: OBJETO, FORMA Y PACTOS USUALES.	359
* COMENTARIO	359
TRATADO	373
3.1. Hipoteca de fincas no registradas (mortgages of unregistered land).	373
3.1.1. Hipotecas legales mediante arrendamiento real (legal mortgages by lease).	374
3.1.1.1. Hipoteca de la pertenencia plena: normas vigentes y transitorias.	374
3.1.1.2. Hipoteca de la pertenencia menos plena o arrendamiento real: normas vigentes y transitorias.	377
3.1.2. Afecciones en pago con fuerza de hipoteca legal (legal charge).	380
3.1.3. Hipotecas equitativas (equitable mortgagees).	383

3.1.3.1. Precontrato hipotecario (agreement to create legal mortgage).	884
3.1.3.2. Depósito de las escrituras solemnes de propiedad (deposit of title deeds).	886
3.1.3.3. Hipoteca de derechos equitativos (mortgage of equitable interests).	888
3.1.3.4. Afecciones en pago con fuerza de hipotecas equitativas (equitable charges).	889
3.1.4. Custodia de los títulos de propiedad como respaldo de la garantía real en las hipotecas legales no inscritas.	890
3.1.5. Concurrencia de hipotecas de distinta clase sobre una misma finca.	892
3.1.6. Inscripción registral de hipotecas sobre fincas no inscritas.	894
3.2. Hipoteca de fincas registradas (mortgages of registered land).	896
3.2.1. Hipoteca previa a la inmatriculación e hipoteca imperfecta de fincas registradas (mortgage on first registration and unregistered mortgage).	896
3.2.2. Afecciones hipotecarias inscritas (registered charges).	898
3.2.3. Depósito del certificado inmobiliario o hipotecario (deposit of land or charge certificate).	900
3.3. El objeto y la extensión objetiva de la hipoteca (the extent of the security).	901
3.4. Forma y principales estipulaciones de las escrituras solemnes de hipoteca.	905
4. CAPACIDAD Y ESPECIALIDADES SUBJETIVAS HIPOTECARIAS.	912
* COMENTARIO	912
TRATADO	923
4.1. Dueños absolutos (absolute owners).	923
4.2. Poderes o potestades en general (mortgages under powers generally).	924
4.3. Sociedades en general (corporation).	926

4.4. Entidades públicas (public authorities).	929
4.5. Asociaciones y Sociedades Mutuas de Viviendas (housing associations and societies).	934
4.6. Sociedades Industriales y Económicas (Industrial and Provident Societies).	935
4.7. Sociedades de Previsión Social (friendly or benefit societies).	936
4.8. Titulares vitalicios de la pertenencia y dueños estatutarios (tenants for life and statutory owners).	937
4.8.1. Hipoteca de la pertenencia legal.	937
4.8.2. Hipoteca de los derechos reales equitativos.	939
4.9. Fiduciarios (trustees).	940
4.10. Administradores-ejecutores de la herencia (personal representatives).	943
4.11. Menores (infants).	946
4.12. Mujeres casadas (married women).	947
4.13. Enfermos mentales (mental patients).	949
4.14. Quebrados (bankrupts).	950
4.15. Mandatarios o apoderados (agents).	951
4.16. Consocios (partners).	951
4.17. Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies).	953
5. TRANSMISION DE LAS HIPOTECAS "INTER VIVOS" Y "MORTIS CAUSA". SUBHIPOTECAS (transfer and devolution of mortgages: sub-mortgages).	958
* COMENTARIO	958
TRATADO	970
5.1. Transmisión "mortis causa" (devolution of mortgages)	970
5.2. Transmisión "inter vivos"	973
5.3. Subhipotecas (submortgages).	976

C A P I T U L O I V

EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES.

1. LA GARANTIA REAL Y SUS FORMAS: CONCEPTOS BASICOS.

- o - o - o -

* Los puntos de partida, en ambos Ordenamientos jurídicos, español e inglés, son muy semejantes. Las necesidades sociales que los derechos reales de garantía están llamados a satisfacer apenas difieren en sus líneas básicas. Tanto en estas latitudes peninsulares como en aquellas insulares, por encima de las solemnes declaraciones de principio sobre la responsabilidad patrimonial universal del deudor (v. p. ej. el art. 1911 del Código civil), no puede descartarse nunca el riesgo de que éste disponga de sus bienes, con el efecto de que éstos pasen a otro patrimonio dando lugar a un estado de insolvencia sobrevenida de quien, en el momento de asumir una obligación patrimonial, gozaba mercedamente de la plena confianza del acreedor.

Una seguridad más firme la obtiene el acreedor como nos recuerda PUIG BRUTAU (Fundamentos de Derecho civil; III, pág. 5. Barcelona, 1971) mediante la constitución de los derechos reales de garantía, con los que uno o más bienes determinados quedan expresamente afectados al pago de una deuda, para que su valor se destine a la extinción de ésta. Los bienes gravados con un derecho de garantía, aunque dejen de pertenecer a quien los gravó, no podrán quedar liberados de la responsabilidad a que se hallan sujetos. Se establece, por este procedimiento, un poder del acreedor sobre un bien determinado, con eficacia frente a terceros.

Son en nuestro Ordenamiento jurídico derechos reales de garantía la prenda, la hipoteca y la anticresis. El Código civil los regula en la sede de las obligaciones y contratos, sin duda atendiendo al aspecto contractual que aparece dominante en el origen de los mismos; más no por ello desconoce su carácter de derechos reales, que aparece con claridad en algunos artículos, especialmente el 1.858, para la prenda y la hipoteca, y el 1.884, para la anticresis (v. CASTAN y MARIN; op. cit. II, 2º; pág. 392 y sgs.)

Un ilustre tratadista de la época de la codificación (v. SANCHEZ ROMAN, Derecho civil, t. III, pág. 760) reducía a tres formas las diversas manifestaciones de toda garantía real: 1ª. La cosa, ofrecida en garantía, sale de la posesión material del dueño y pasa a manos de un tercero o del acreedor, pudiendo éste instar la venta de los valores entregados si la obligación no se lleva a debido cumplimiento. 2ª. La garantía se constituye, en cosas que no salen de la posesión de su dueño, más el acreedor puede pedir la venta de ellas si la obligación no fuera cumplida (hipoteca). 3ª. El acreedor adquiere el derecho al aprovechamiento de los frutos de la cosa ofrecida en garantía, o de parte de ellos, para la extinción de su crédito, ya la cosa se le entregue, ya se deposite en manos de un tercero, ya permanezca en poder de su dueño (anticresis propiamente dicha e hipoteca con pacto anticretico).

La fijación de las diferencias entre prenda, hipoteca y anticresis es un tema por el que, con rara unanimidad, han mostrado singular preferencia todos nuestros tratadistas. Si guiendo a ALBALADEJO (op. cit. III, 2º; pág. 235 y sgs.) puede establecerse, muy brevemente, la conclusión de que, en cuanto a la anticresis, sus diferencias con la prenda y la

hipoteca están claras: recae sobre inmuebles cuya posesión se transfiere al acreedor; éste adquiere el derecho a percibir los frutos para aplicarlos al pago de los intereses de la deuda, si los produce, y, si no, al capital (arts. 1.881 y 1.883 del C.c.). Pero en cuanto a la diferencia entre prenda e hipoteca es cuestión que se ha complicado tras la promulgación de la Ley de 16.12.1954 de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. Según el criterio tradicional se distinguen porque la hipoteca recae sobre inmuebles y la prenda sobre muebles y porque en ésta hay desplazamiento de posesión y en aquella no. Pero en nuestro Derecho positivo actual, para distinguir la hipoteca de la prenda, se han de combinar los criterios de clase del bien y de desplazamiento o no de la posesión, de forma que hay hipoteca cuando ésta no se desplaza y se trata de inmueble (hipoteca inmobiliaria) o de ciertas clases de muebles (vehículos, maquinaria industrial y los demás que la ley fija) (hipoteca mobiliaria); y hay prenda cuando la posesión se desplaza y el bien es mueble (prenda normal o con desplazamiento posesorio) o cuando aún no desplazándose la posesión (prenda sin desplazamiento), se trata de muebles de características o en circunstancias especiales que la ley determina.

En Derecho inglés, la garantía real puede ajustarse a alguno de estos tipos principales: hipoteca propiamente dicha (mortgage), afección en pago (charge), prenda (pledge) y derecho de retención (lien).

La hipoteca es una modalidad de garantía, de origen contractual, que confiere la titularidad de un derecho real, legal o equitativo, sobre propiedad personal o real, redimible o extingible mediante el pago de una suma de dinero prestada, con o sin interés, o previo cumplimiento de la obligación, en

todo caso pecuniaria, asegurada. Tanto en su perspectiva histórica como en su proyección actual, la hipoteca es producto de un efecto singularmente enérgico: el acreedor adquiere alguna de las facultades dominicales (la pertenencia plena o la menos plena o arrendamiento real, respecto a los inmuebles) sobre el bien objeto de la garantía, pero no necesariamente las facultades posesorias sobre el mismo, si bien ello también es posible.

La prenda es otra especie de garantía real, también constituida en virtud de pacto, que se consuma mediante la entrega de la posesión de un bien mueble al acreedor con facultad de conservarla hasta que la obligación garantizada quede cumplida. El dominio del bien empeñado se mantiene, no obstante, en manos del empeñante o deudor prendiario.

La afección en pago es vinculación de propiedad personal o real al pago de una deuda o al cumplimiento de otra obligación pecuniaria, que no otorga al acreedor facultad dominical ni posesoria alguna sobre el objeto de la garantía, lo que constituye su principal diferencia conceptual con las dos modalidades ya enumeradas. Sin embargo, las afecciones en pago con fuerza de hipoteca legal están, en cuanto a su régimen jurídico, prácticamente asimiladas a ésta.

Por último, el derecho de retención sobre propiedad real o personal tiene origen predominantemente legal (v. 4. cap. I donde, esquemáticamente, se estudia su régimen jurídico, con atención preferente a sus especies mobiliarias) y ocasionalmente contractual, como veremos más adelante ya dentro de supuestos específicamente inmobiliarios. El derecho de retención permite al acreedor mantener la posesión de bienes muebles o inmuebles del deudor -o de sus títulos dominicales- hasta tanto éste le satisfaga lo que se le adeuda en

virtud de un título jurídico que, a menudo, guarda relación con la cosa misma objeto de la garantía. Al igual que en las otras formas de derechos reales de garantía, el titular de un derecho de retención voluntario e inmobiliario está facultado para hacer efectivo su crédito o derecho provocando el cambio de titularidad dominical (plena o menos plena) del bien objeto de garantía.

Los respectivos esquemas -español e inglés- de derechos reales de garantía, a pesar de su innegable parentesco, no son, en modo alguno, superponibles ni siquiera en las líneas generales de sus respectivas concepciones.

El Derecho inglés, en su visión de la hipoteca, tanto mobiliaria como inmobiliaria, sigue una línea excesivamente tradicionalista, y aún primitiva, de la institución, según la cual no hay garantía real sin que el acreedor adquiera "a priori" una parte muy importante de las facultades dominicales de la propiedad del deudor. Derívanse de esta "concepción dominical" de la hipoteca importantes consecuencias prácticas (acción comisoria y venta directa de la garantía) que son absolutamente extrañas al Derecho español, sin duda más evolucionado que el inglés al trazar los rasgos esenciales del crédito territorial. Junto a la genuina hipoteca (mortgage), el moderno Derecho inmobiliario inglés ha establecido, sin merma sustancial de los derechos del acreedor, una modalidad menos radical de hipoteca, la afección en pago con fuerza de tal (charge), que no produce transmisión de pertenencia alguna al acreedor y que, al menos en el terreno de los principios, se aproxima más a la hipoteca inmobiliaria hispánica. Por su parte, el derecho de retención inmobiliario y contractual, modalidad de garantía real absolutamente inédita en nuestro Ordenamiento jurídico, es una hipoteca en

potencia, que el acreedor puede convertir en hipoteca actual, y gozando, en todo caso, del importante respaldo de la facultad de promover la venta del inmueble previa autorización judicial. La reagrupación conceptual de afecciones en pago y derechos de retención bajo la nomenclatura genérica de hipoteca tiene su reflejo legal en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

La anticresis es una institución que carece de existencia autónoma en Derecho inglés. Por contra, la facultad institucional que asiste al acreedor hipotecario para tomar posesión del inmueble, de la que tampoco hay manifestación paralela en Derecho español, entraña una potencial y general transformación de la hipoteca en anticresis.

Para rematar estas elementales consideraciones comparativas digamos que la prenda clásica es la institución de garantía real más asimilable de ambos Ordenamientos. Por contra, - el Derecho inglés carece de un sistema específico y plenamente estructurado de prenda sin desplazamiento *

- o - o - o -

Al igual que sucede en nuestro Ordenamiento jurídico, en Derecho inglés un acreedor puede confiar exclusivamente en el crédito personal que el deudor le ofrezca respecto al ulterior cumplimiento de sus obligaciones o bien, asegurar, mediante la constitución de una garantía complementaria, el resultado final de la prestación que aquél deba realizar. La garantía puede ser personal o real.

La garantía personal o fianza (personal security or suretyship) es un contrato de aseguramiento en cuya virtud el fiador se compromete a cumplir la obligación, si el deudor principal no lo hiciere. Confiere al acreedor una acción personal o contractual de carácter secundario (es decir, complementaria de la acción primaria que tiene contra el deudor principal) que desde su punto de vista ofrece ciertas desventajas, entre las que sobresale la necesaria solvencia inicial y continuada del fiador.

La garantía real proporciona al acreedor, sobre la propiedad personal o real (v. 2, cap. I) objeto de la misma, ciertas facultades que el ordenamiento jurídico configura como un derecho real en cosa ajena. Su principal atractivo para el acreedor estriba en que, a pesar de la insolvencia sobrevenida del deudor, e incluso de su estado de quiebra (bankruptcy), puede aquél ejercitar su derecho sobre la cosa con preferencia a las reclamaciones de la masa de los acreedores comunes.

Considerando su origen, la garantía real puede ser contractual o legal. En el primer caso puede adoptar alguna de estas formas: hipoteca propiamente dicha (mortgage), afección en pago (charge) o prenda (pledge). En el segundo supuesto, nos hallamos ante la figura del derecho de retención (lien) a la que nos hemos referido con cierta amplitud en el capítulo I (v. 4 de dicho capítulo), si bien el derecho de retención sobre bienes inmuebles, puede tener asimismo origen voluntario (v. 3.2.3. del presente capítulo).

Otra clasificación de las formas de garantía real atiende a - las facultades dominicales y posesorias atribuidas al titular del derecho. Desde este punto de vista son tres las modalidades existentes; primera, aquéllas en cuya virtud el acreedor adquiere las facultades dominicales (dominio o pertenencia plena o menos plena), pero no necesariamente las posesorias sobre el bien objeto de la garantía (hipoteca propiamente dicha); segunda, las que, inversamente, confieren al acreedor facultades posesorias, pero no dominicales (prenda y derecho de retención posesorio); y, tercera, - las que no transmiten al acreedor, en principio, ni unas ni otras facultades (afección en pago y derecho de retención no posesorio).

A todas las formas de derechos reales de garantía es inherente la facultad del acreedor de hacer efectivo su crédito o derecho, provocando el cambio de titularidad dominical (plena o menos plena) del bien objeto de la garantía, la del deudor de levantar la carga pagando la deuda o cumpliendo la obligación y el deber - del acreedor, correlativo con la referida facultad del deudor, de proceder a la cancelación de la carga al quedar satisfecha la - obligación principal.

La hipoteca es una modalidad de garantía, de origen contractual, que confiere la titularidad de un derecho de carácter real, legal o equitativo, sobre propiedad personal o real (v. 2, capítulo I), redimible o extingible mediante el pago de una suma de dinero prestada, con o sin interés, o previo cumplimiento de la - obligación, en todo caso pecuniaria, asegurada. La descripción o definición más clásica de la hipoteca, surgida en el ámbito de la jurisprudencia, se expresa en estos términos: "una hipoteca es un contrato transmisorio e inmobiliario solemne o una cesión de propiedad personal o mobiliaria (chattels) efectuadas como garantía para el pago de una deuda o el cumplimiento de otra obligación" - (Santley v. Wilde, 1899). Las hipotecas pueden ser equitativas e

legales, de acuerdo con el peculiar e importante significado que - este binomio conceptual posee en Derecho inglés (v. 2. y 3, cap. - II). Las hipotecas de propiedad personal -o mobiliaria, como diría mos nosotros- suelen constituirse, generalmente, mediante los llamados contratos de venta para garantía (bills of sale) (v. 4., cap. I).

La prenda (pledge or pawn) es una modalidad de garantía, también constituida en virtud de pacto, que se consuma mediante la entrega, en depósito, de un bien mueble al acreedor para que éste conserve su posesión hasta que la obligación quede cumplida. El dominio del bien empeñado se mantiene, no obstante, en manos del empeñante o deudor prendiario (pledgor). Es requisito esencial para - que la prenda quede efectivamente constituida, la transmisión al - acreedor prendiario (pledgee) de la posesión del bien, sea de forma expresa o supuesta (actual or constructive). El prestamista o - acreedor prendiario ostenta la facultad de vender la garantía para hacerse pago con el importe de la venta.

La afección en pago (charge) es vinculación de propiedad personal o real al pago de una deuda o al cumplimiento de otra obligación, que no otorga al acreedor facultad dominical ni posesoria alguna sobre el objeto de la garantía (London County and Westminster Bank Ltd. v. Tompkins, 1918), lo que constituye la principal diferencia conceptual con la hipoteca. Tal es el caso de una orden dada por el deudor a un tercero, acreedor suyo, para que aplique dinero al pago de una deuda propia o la afección de algún inmueble, de los que pueda disponer dicho deudor, para idéntico fin. El acreedor ostenta la facultad de ejecución mediante acción judicial en caso de impago. Cuando los bienes quedan así vinculados, el pacto o acuerdo establecido recibe, en Derecho inglés, la denominación, entre otras, de "hypothecation"; destaca entre sus modalidades el préstamo a la gruesa (marine hypothecation by way of bottomry). En la mayoría de los casos, los documentos en los que se solemniza es

ta modalidad de garantía real, cuando afecta a la propiedad personal, están sujetos al sistema registral previsto en la Ley de Contratos de Compraventa (Bills of Sale Act) (v. 4., cap. I).

Finalmente, el derecho de retención es aquél cuyo origen es predominantemente legal y no contractual y que permite al acreedor conservar la posesión de bienes muebles o inmuebles del deudor, hasta tanto éste satisfaga al titular del derecho lo que le adeude en virtud de un título que a menudo guarda relación con la cosa misma objeto de la garantía (v. 4., cap. I, respecto al derecho de retención sobre bienes muebles). El derecho de retención - equitativo o basado en la Equidad (v. 4., cap. I) que asiste al comprador que paga antes de la entrega o al vendedor que entrega antes de que se le pague, existe, igualmente, cuando el objeto de la transacción es un bien inmueble (Chapman v. Tanner, 1684).

2. EVOLUCION HISTORICA DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA.

- o - o - o -

* El actual sistema hipotecario inglés es el fruto de una evolución histórica ciertamente peculiar. Su originalidad ra dica en que constituye una excepción a la vieja sentencia, - reiterada hasta la saciedad, que nos enseña que la "Historia nunca se repite". La genuina modalidad de hipoteca vigente a partir de 1925, se inspira en los más remotos orígenes del sistema inglés de garantía real inmobiliaria. El legislador de 1925 se ha limitado, en principio, a desempolvar y actualizar la vieja fórmula de cesión arrendaticia real como vehí cu culo de constitución de la hipoteca.

Pero examinemos el desarrollo de los acontecimientos - históricos respetando su cronología y situándonos en la atalaya que nos proporcionan algunas observaciones generales, - ciertamente sagaces, debidas a PUIG BRUTAU (Estudios de Dere cho comparado, págs. 87 y sgs.; Barcelona, 1951). Señala este autor que los llamados derechos reales de garantía (prenda e hipoteca) tienen su punto de partida en las formas más arcaicas de transmisión fiduciaria, de negocios jurídicos de ficción, lo que nos permite contemplar el espectáculo, algo turbador, de ver como, en la historia del Derecho, los hom - bres comienzan por realizar como cosa normal lo que ahora - consideramos excepcional y tal vez fraudulento. La técnica - sutil que utiliza actualmente un prestamista poco escrupuloso (p. ej. compraventa con pacto de retro de fincas del pres tatario para garantizar la amortización de un préstamo, gene ralmente usurario) la vemos empleada ingenuamente por la Humanidad al comienzo de la Historia del Derecho. En el ámbito de los derechos reales de garantía no se producía la situa -

ción que podría resumir la frase "has de hacer o cumplir lo prometido, si no quieres perder la cosa entregada en garantía", sino otra situación distinta, más simple, pero mucho más eficaz, y que revelaría la siguiente frase: "has entregado algo, una cosa, que puedes o tiene derecho a recobrar si realizar lo previsto". De todos modos, añadimos nosotros, al emitir un juicio de valor sobre este riguroso sistema de crédito territorial ha de tenerse presente que la falta de un adecuado sistema de publicidad de cargas y de una técnica suficientemente depurada de la que servirse para hacer respetar la prioridad de los respectivos derechos reales inmobiliarios, lógicamente impulsaba a los acreedores a adquirir la posesión y el máximo de facultades posibles sobre la garantía como único procedimiento para asegurar sus derechos frente a maniobras fraudulentas del deudor o pretensiones injustificadas de acreedores posteriores.

En base a estas consideraciones, hay que, para captar el sentido que todavía ahora, en ocasiones, tiene una supuesta transferencia de propiedad, observar las formas primitivas de la contratación con objeto de comprender que la tal transferencia de propiedad encubre o equivale por su función, aunque no por su estructura, a un auténtico negocio de crédito. La clara presencia de estos vestigios históricos en la normativa vigente es, tal como apuntábamos al principio de este comentario, uno de los caracteres más acentuados del sistema hipotecario inglés.

En los siglos XII y XIII, el deudor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de su obligación, cedía al acreedor la finca en arrendamiento real y, consiguientemente, le transmitía la posesión inherente a la cesión arrendaticia. Este es

quema constitutivo de la hipoteca es, en definitiva, muy semejante al que sirve para dar vida a la prenda. Si los provechos obtenidos de la tierra se aplicaban a la extinción de la deuda, se decía que la "gage" estaba viva (live gage), en el sentido de que se operaba un gradual efecto extintorio. Pero si el tenedor de la tierra percibía los frutos sin efecto anticrético, en tal supuesto la "gage" se calificaba de muerta (mort gage) y era tachada de usuraria. En ambos casos, si el préstamo no era amortizado en la fecha pactada, el acreedor podía, cumplidos ciertos requisitos, transformar (enlarger) su derecho arrendaticio en pertenencia plena.

A mediados del siglo XV se consumó una evolución cuyo origen está en el siglo XIII, dando vida a una forma de hipoteca constituida mediante escritura solemne transmisoria de la pertenencia plena al acreedor, con condición resolutoria a favor del deudor transmitente que cumpliera sus obligaciones de pago dentro del plazo convenido. Con ello, el acreedor adquiría la plena posesión inmobiliaria (seisin) de la finca, sin perjuicio de que tolerase que el deudor siguiera con el disfrute y aprovechamiento de la finca para poder amortizar la deuda. Al mismo tiempo se produjo un cambio en el significado de la expresión "mort gage": la tierra "quedaba muerta" para el deudor si no cumplía sus obligaciones en la fecha fijada, y si las cumplía la que resultaba "muerta" era la hipoteca. Esta forma de hipoteca legal, con ligeras variantes, constituyó la modalidad usual de la misma hasta el advenimiento de la reforma legislativa de 1925.

En Derecho común, salvo pacto en contrario, la pertenencia plena adquirida por el acreedor como garantía de su derecho se transformaba en irredimible y absoluta si el deudor incumplía su obligación en la fecha pactada. La Equidad, en cumplimiento de su genuina función moderadora de los riguro-

sos planteamientos del Derecho común (v. 2., cap. II) estable-
 ció la norma de que la pertenencia plena que adquiría el acree-
 dor hipotecario legal (mortgagee's estate) estaba sujeta al -
 llamado derecho equitativo a la redención o facultad equitati-
 va para redimir (the equitable right to redeem), que permitía
 al deudor, previo pago de su deuda, recuperar la titularidad
 de la pertenencia transmitida como garantía, y ello aunque -
 hubiera dejado de pagar en la fecha prevista. En base a esta
 facultad, se elaboró un derecho de nuevo cuño, el derecho -
 equitativo de redención -del que el derecho equitativo a la -
 redención no era sino su manifestación última o "in extremis"-
 que surgía tan pronto como la hipoteca quedaba constituida, -
 que era transmisible, por actos "inter vivos" y "mortis causa"
 y que, en definitiva, llegó a representar la suma de faculta-
 des inmobiliarias que quedaban en manos del deudor una vez -
 constituida la hipoteca legal.

Ya antes de que se abriera paso la reforma legislativa -
 de 1925, el Derecho inglés ofrecía su actual imagen de plura-
 lidad de cauces al servicio de un mismo fin: el crédito terri-
 torial. Concretamente, hemos de anotar la existencia de hipo-
 tecas con garantía de pertenencias menos plenas y de hipo-
 tecas equitativas.

Si la garantía ofrecida por el prestatario era un arren-
 damiento real y no una pertenencia plena, había dos métodos -
 para constituir la carga hipotecaria. Usualmente, el deudor -
 subarrendaba su derecho al acreedor -que no tomaba posesión -
 del inmueble salvo que el deudor incumpliera- por un periodo
 ligeramente más corto que el de duración del arrendamiento. -
 Este era el procedimiento más aconsejable puesto que el acree-
 dor subarrendatario no quedaba vinculado por los pactos natu-
 ralmente inmobiliarios (privity of estate) existentes entre -

arrendador y arrendatario deudor, con la excepción de los pactos negativos que sí le afectaban. El sistema alternativamente empleado era la cesión plena o traspaso del arrendamiento al acreedor, en toda su duración, quedando éste responsable frente al arrendador en los mismos términos en que lo estuviera el cedente, aunque no tomara posesión del inmueble, lo que no ocurría mientras el deudor no infringía su obligación de pago.

Nótese, con valor general para todas las hipotecas legales (de las pertenencias plenas y de las menos plenas), que el rigor del desplazamiento posesorio de la finca al acreedor, apriorístico y constitutivo, se fué mitigando, evolucionando hacia una facultad de tomar posesión material del objeto de la garantía únicamente en el supuesto de que el deudor incumpliera sus obligaciones. Sin que esta evolución jurídica alcanzara consolidación plena, hay que estimar que llegó a ser predominante en la práctica.

Al lado de la transmisión solemne de la pertenencia plena o menos plena, como sistema de constitución de una hipoteca legal, siempre ha sido posible crear hipotecas equitativas con apoyo en derechos de esta naturaleza. El tema merecerá mayor atención en el apartado siguiente, sin perjuicio de lo cual podemos anticipar que tales hipotecas, también históricamente, han sido clasificables en dos grupos: hipotecas equitativas constituidas por dueños equitativos y constitución de hipotecas equitativas por los titulares de la pertenencia legal. En base a su derecho equitativo de redención, el titular de una pertenencia plena o menos plena ya hipotecada podía constituir segundas y ulteriores hipotecas. De otra parte, también es anterior a 1925 la posibilidad de que una hipoteca equitativa se constituyera por el titular de una pertenencia

legal, basándose en un precontrato escrito o en actos de cum
plimiento suficiente de un precontrato no escrito. Los reme-
dios que el Derecho dispensaba al acreedor titular de una -
hipoteca equitativa eran bien su ejecución directa (dentro -
del ámbito más reducido de la eficacia de esta clase de dere-
chos) o el efecto indirecto de compeler al deudor a otorgar
el oportuno contrato de garantía real de acuerdo con el pre-
contrato celebrado al efecto.

La práctica predominante, anterior a 1925, según la -
cual la pertenencia plena era objeto de transmisión solemne
al acreedor, pugnaba frontalmente con las ideas reformistas
en que inspiraron su actuación los legisladores de entonces.
Se partió del principio de que la pertenencia legal plena -
había de ser conferida exclusivamente a su verdadero titular,
el cual debía gozar de la facultad de disponer de ella libre
de derechos equitativos. Se estimó, asimismo, que el verdade-
ro dueño era el deudor que ofrecía su finca en garantía, el
cual, antes de 1926, era titular de un simple derecho equita-
tivo e impotente, por ello, para transmitir la pertenencia -
legal mientras la hipoteca subsistiera.

Para resolver esta antinomia, la Ley del Derecho de Pro-
piedad de 1925 buscó inspiración en el más remoto pasado del
sistema hipotecario inglés, resucitando el viejo sistema de
hipoteca constituida mediante la creación de un arrendamien-
to real a favor del acreedor, pero dándole, como es lógico,
una regulación más acorde con las necesidades de los tiempos
presentes. No hubo, pues, ruptura sino revitalización de la
tradición jurídica, pero, al mismo tiempo, en un intento de
impulsar con criterios de modernidad el sistema hipotecario
en su conjunto, se ofreció a los eventuales acreedores hip-
otecarios la alternativa de optar entre la condición de arren-
datarios reales, y por ello la de ser titulares de una perte-

nencia legal en garantía de su crédito, o la de conformarse con la titularidad de un derecho de nuevo cuño, la denominada afección en pago con fuerza de hipoteca legal (charge by deed expressed to be by way of legal mortgage) cuyas facultades integrantes son sensiblemente iguales a las del arrendamiento para garantía, pero que no entraña transmisión de pertenencia legal alguna.

En base a estos nuevos mecanismos, la pertenencia legal plena se mantiene en el patrimonio del deudor, lo que le permite constituir segundas y ulteriores hipotecas de carácter legal. De otra parte, el deudor conserva el derecho equitativo de redención (equity of redemption), perviviendo su clásica nomenclatura, y siendo su valor patrimonial el del inmueble deducido el importe de la obligación garantizada.

Los antecedentes históricos de nuestro sistema de derechos reales de garantía constituyen una mera trasposición de la normativa elaborada al respecto por el Derecho romano, según nos recuerda y explica ROCA SASTRE (Derecho Hipotecario, IV, 1º, págs. 122 y sgs.). En este Derecho, la hipoteca no era más que una mera modalidad de la prenda. Esta, o sea el "pignus", era una figura jurídica general que implicaba la afección de una cosa al cumplimiento de una obligación, pero que tenía dos variantes o tipos, según que al constituirse hubiera o no desplazamiento posesorio, o sea privación de la posesión del deudor o pignorante, con plena indiferencia de si la cosa afectada era mueble o inmueble.

En el primer caso, o sea cuando había desplazamiento posesorio inmediato, se hablaba de prenda propiamente dicha. En el segundo caso se hablaba también de prenda, pero más específicamente se empleaba la denominación de hipoteca. La diferen

cia entre la prenda y la hipoteca radicaba en la forma distinta de su constitución, lo que hacía que la primera pudiera calificarse de prenda posesoria y la segunda de prenda conven-cional, o sea de prenda posesoria diferida, puesto que en De-recho romano, al sobrevenir el impago de la deuda asegurada, el acreedor entraba en posesión de la cosa. Pero a esta con-formación de la hipoteca, o sea de la prenda con posesión di-ferida, se llegó a través de una interesante evolución, la primera fase de la cual fué el tránsito de la transmisión fi-duciaria con fines de garantía (que recuerda la venta con pacto de retro) al "pignus", debiendo situarse el origen histórico de la "hypotheca" en la afección de los aperos de labranza, animales y demás útiles de trabajo del arrendatario agrícola, a la seguridad del pago del canon o precio vencido del arrend-damiento.

La regulación romana de la hipoteca pasó en toda su pureza a informar el Derecho de Partidas, en el que es tratada como una simple modalidad de la prenda o "peño", y con plena indiferencia de si la cosa dada en prenda es bien mueble o in-mueble, pues la nota básica diferencia continuó siendo exclu-sivamente el que hubiera o no apoderamiento de ella por el ac-reedor. Incluso no se emplea el nombre de hipoteca, el cual solo aparecerá en las leyes de Toro. La ausencia de publici--dad en la constitución de hipoteca subsiste, no exigiéndose ningún requisito de forma. A estas líneas básicas de la hipo-teca romana respondieron también el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo y el Fuero Real y, en general, el sistema adoptado en el Derecho de los otros reinos de España, si bien cabe pensar que la hipoteca o prenda sin desplazamiento posesorio de in-muebles no debió tener gran predicamento en aquellos tiempos, en los que, por su rudeza, predominaban las garantías materiales o tangibles.

Sin perjuicio de las diferencias básicas de técnica jurídica que siempre han imperado entre el Derecho inglés y el hispanorromano, los planteamientos iniciales y las soluciones habilitadas por ambos en torno al sistema de derechos reales de garantía pueden emparejarse sin forzar excesivamente las comparaciones. Así, la gran proximidad, en sus comienzos, de prenda mobiliaria e inmobiliaria o hipoteca, el normal desplazamiento posesorio del predio a manos del acreedor hipotecario al constituirse la garantía y su paulatina evolución hacia la prenda o "peño" de fincas (hipoteca) en la que sólo al sobrevenir el impago de la deuda asegurada el acreedor tomaba posesión de la garantía, constituyen esquemas básicos que son comunes a ambos Ordenamientos jurídicos.

Entrado el siglo XVI, la afluencia de capitales y el mejoramiento económico surgido en nuestro país, constituyeron un clima favorable al desenvolvimiento de la hipoteca. Pero para ello se requería corregir el inadecuado sistema hipotecario romano, principalmente en lo tocante a su clandestinidad. A este objeto se encaminaron los primeros pasos dirigidos al establecimiento de la publicidad de las hipotecas, los cuales fueron dados con las Pragmáticas de 1539 y 1558, que no cristalizaron en nada efectivo hasta la creación, en 1768, de los llamados "Oficios o Contadurías de Hipotecas" - en los que habían de constar, entre otros actos, las hipotecas inmobiliarias y su redención con el efecto de que las no registradas carecían de valor ante los Tribunales, principio que, sin embargo, no observaron éstos, lo que, en unión de la insuficiencia del intento, motivó su fracaso.

El nacimiento de un auténtico sistema registral inmobiliario en España se debió a la Ley de 8 de febrero de 1861. El Registro de la Propiedad quedó constituido como una insti

tución de publicidad que dá acogida a todos los actos de contenido real inmobiliario y, entre ellos, a las hipotecas. Su constancia se basó en los principios de especialidad y publicidad.

Ya con la puesta en pié de las Contadurías de Hipotecas y, sobre todo, con la creación del Registro de la Propiedad, nuestro sistema hipotecario dió, en su concepción técnica, - un paso de gigante que el Derecho inglés ni siquiera se atrevió a dar en 1925. Este, para no dejar al margen del crédito territorial las fincas no inscritas en el Registro de Títu - los, lo cual pasó entre nosotros, siguió con el sistema de - publicidad basado, para tales fincas, en el depósito de los títulos (ejemplar único) en manos del acreedor y con el complemento de la constancia de las segundas hipotecas en el Registro de Cargas Inmobiliarias (v. 4., parte IV, cap. III) y notificación al acreedor depositario de los títulos de las - hipotecas no inscribibles en este Registro. Ambos Ordenamien - tos jurídicos toman, de este modo, derroteros completamente - distintos, lo que se traduce en diferencia de técnica y en - resultados prácticos muy diversos, que iremos analizando en etapas sucesivas.

Hay consenso entre nuestros autores al determinar los - caracteres que adornan a la hipoteca. Sirviéndonos de la técnica de investigación jurídica que es usual entre nosotros - (es decir, reservando un cierto espacio a los planteamientos doctrinales) vamos a darles un repaso con el fin de ver has - ta que punto son predicables de las hipotecas inglesas. Se dice de la hipoteca de inmuebles en Derecho español que es un derecho real inmobiliario, accesorio o de garantía, puesto - que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obli - gación principal, que concede al acreedor hipotecario la fa - cultad de perseguir los bienes hipotecados (adherencia o in -

separabilidad), que es un derecho de constitución registral, que se basa en los principios de determinación o especialidad tanto del crédito garantizado como de los bienes hipotecados, que es indivisible, subsistiendo íntegramente mientras no se cancele y, finalmente, que es transmisible e hipotecable. Sin recurrir a un análisis minucioso podemos decir que, en general, las hipotecas inglesas participan de estos caracteres, salvo en lo tocante a su constitución registral, ya - que hay modalidades hipotecarias que, de acuerdo con las observaciones formuladas en el párrafo anterior, se constituyen, viven y mueren al margen de toda constancia registral.*

- o - o - o -

2.1. La hipoteca y el Derecho común.

La mejor manera de escudriñar y captar la imagen presente de la hipoteca, profundamente modificada por el legislador de 1925, es partiendo de sus antecedentes históricos. El actual sistema hipotecario es el producto de la confluencia de las normas de Derecho común, de la Equidad y de las leyes posteriores.

En los siglos XII y XIII, el deudor hipotecario cedía al acreedor la finca en arrendamiento real y, consiguientemente, su posesión. Este esquema constitutivo de la hipoteca es, en definitiva, el mismo que sirve para dar vida a la prenda. Si las rentas o productos del inmueble se destinaban al pago del capital e intereses del préstamo para cuyo aseguramiento se constituía la hipoteca, el pacto se llamaba una "prenda viva" (live pledge or gage) o "vivum vadium". Si el acreedor retenía tales rentas, sin aplicarlas a la indicada finalidad, nos hallábamos ante la figura contractual denominada "prenda muerta" (dead pledge or mortgage) o "mortuum vadium". Esta última forma no era ilegal, pero la Iglesia la consideraba pecaminosa. En ambos casos, si el capital del préstamo no era amortizado al extinguirse el arrendamiento real -convenido, el acreedor podía transformar (enlarge) su derecho arrendaticio en pertenencia plena y absoluta en posesión, siempre que así se hubiere pactado o si el deudor no amortizaba en un plazo razonable contado a partir del momento en que el Tribunal competente se lo hubiese ordenado. Importa resaltar que las dos indicadas modalidades hipotecarias atribufan al acreedor la posesión, en sentido genérico, del predio, pero no la genuina posesión inmobiliaria inglesa (seisin) (v. 1, cap. I, y 3.2.1. cap. II), o, en todo caso, una especie de la misma que no gozaba de la protección jurídica propia de su forma plena.

Hacia mediados del siglo XV, la forma usual de la hipoteca ya había cambiado. El cambio arranca del mismo siglo XIII, durante el cual comenzó a conocerse una forma de hipoteca constituida

mediante escritura solemne transmisoria de la pertenencia plena; - ésta modalidad fué gradualmente desplazando a las otras dos por - cuanto atribuía al acreedor la plena posesión inmobiliaria (seisin) de la finca, con las facultades inherentes para su recuperación, - en caso de pérdida. El predio era transmitido en pertenencia plena al acreedor con la condición de que si el préstamo era amortizado en la fecha pactada, la transmisión en escritura solemne se resolvía y el deudor quedaba en libertad de recuperar la finca. Por el contrario, si la amortización no se producía en la fecha prevista -y aunque ello ocurriera un día después-, la pertenencia plena del acreedor sobre el inmueble se consolidaba, es decir, quedaba libre de toda condición y, paralelamente, se extinguía todo derecho del deudor sobre el inmueble. De acuerdo con este sistema, el acreedor no necesitaba adquirir la posesión material o física (possession) de la finca y las expresiones "vivum vadium" y "mortuum vadium" o "mortgage", alcanzaron un significado distinto: la tierra "quedaba muerta" para el deudor si no cumplía sus obligaciones en la fecha fijada, y si las cumplía, la que resultaba "muerta" era la hipoteca. De otra parte, la Ley de Usura (Usury Act) de 1545, al autorizar los préstamos con interés, hizo innecesaria la percepción de - frutos y rentas en lugar de aquéllos.

El proceso evolutivo de la hipoteca a lo largo del siglo XVI, se caracterizó por la supresión de la condición que limitaba inicialmente la pertenencia plena que el acreedor adquiría sobre el - predio, y su sustitución por un pacto que imponía a este sujeto - contractual la obligación de "re-transmitir" la finca al deudor, - si éste cumplía fiel y puntualmente sus compromisos de pago. Esta forma de hipoteca legal constituyó la modalidad usual de la misma hasta el advenimiento de la reforma legislativa de 1925.

La forma alternativa de constitución de hipoteca a través de un arrendamiento real, de corta duración, creado por el deudor, en

favor del acreedor, subsistió hasta comienzos del siglo XIX. Cuando el objeto de la hipoteca era la pertenencia plena, fué prontamente rechazado, como consecuencia del progresivo perfeccionamiento del Derecho, el radical remedio de transformar, en caso de incumplimiento del deudor, la pertenencia menos plena, que había adquirido el acreedor, en pertenencia plena. Esta limitación de sus efectos llevaba aparejado el inconveniente de la subsistencia, en favor del deudor, de un derecho futuro remanente sobre la pertenencia hipotecada (v. 5., parte II, cap. III), aún cuando no hiciera frente a sus compromisos en el momento preciso. Otra desventaja la constituía la duda sobre si el acreedor hipotecario estaba facultado para ostentar la posesión de las escrituras de la pertenencia hipotecada. Todos estos inconvenientes acumulados circunscribieron el ámbito de aplicación de esta fórmula a las vinculaciones familiares (v. 1., parte III, y 1., parte II cap. III), a fin de garantizar la devolución de cantidades prestadas para el pago de cuotas hereditarias (portions).

2.2. El derecho equitativo de redención (equity of redemption).

En Derecho común, cuando la hipoteca se constituía mediante la transmisión de la pertenencia plena, supuesto el impago de la deuda o el incumplimiento de la obligación en la fecha pactada, la pertenencia adquirida por el acreedor como garantía de su derecho se transformaba en irredimible y absoluta, a menos que se hubiera pactado otra cosa. Este estricto principio jurídico, cuyo rigor e inflexibilidad pone bien a las claras su vinculación al ámbito del Derecho común, estaba ya muy mitigado, en la generalidad de los casos, de acuerdo con criterios de Equidad, en tiempos de Carlos I (1600-1649). El origen de este criterio equitativo, moderador de tan riguroso principio de Derecho común, era anterior a dicha fecha, pero se aplicaba en supuestos de excepción, en los que la situación creada era particularmente injusta. Según la Equidad, la finalidad básica de la hipoteca es ofrecer seguridad

al prestador de que recuperará el importe del préstamo y en tanto esta seguridad se mantenga intacta, no hay justificación para expropiar o decomisar el derecho del deudor simplemente porque incumpla su obligación de pagar puntualmente. Como desarrollo lógico de este principio, los Tribunales de Equidad establecieron la norma de que la pertenencia plena que adquiría el acreedor hipotecario (mortgagee's estate), estaba sujeta al llamado derecho equitativo a la redención o facultad equitativa para redimir (the equitable right to redeem). Este derecho facultaba al deudor a redimir la carga (Salt v. Marquess of Northampton, 1892), recobrando la propiedad (to redeem or recover the property), aunque haya dejado de pagar en la fecha prevista, que, salvo disposición en contrario, eran seis meses contados a partir del momento en que la hipoteca se constituía. Al mismo tiempo, el acreedor en posesión de la garantía fue responsabilizado ante el deudor por razón de las rentas y productos obtenidos de ella.

En suma, asistían al deudor dos remedios para recuperar su derecho: la facultad legal de redención en la fecha fijada (legal right to redeem on the fixed day) y la facultad equitativa para redimir posteriormente (equitable right to redeem thereafter), derecho este último que sólo podía ser ejercitado en términos de Equidad.

El derecho equitativo de redención -del que el derecho equitativo a la redención es sólo una manifestación tardía o "in extremis"- surgía tan pronto como la hipoteca quedaba constituida (Brown v. Cole, 1845; Kreglinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Co. Ltd., 1914) y su titularidad quedaba atribuida al deudor hipotecario. Era, y sigue siendo, un derecho inmobiliario -transmisible mediante actos "inter vivos", testamento (apto, incluso, para ser constituido como derecho limitadamente heredable; v. 3, parte III, cap. III) y sucesión intestada, pudiendo también pasar a la Corona en caso de "bona vacantia" (Casborne v. Scarfe, 1738; Re Sir Thomas Spencer Wells, 1933). Es extinguible únicamen

te en alguno de estos cuatro eventos: cesión o renuncia del acreedor (release), prescripción extintiva, ejercicio por el acreedor de su facultad legal de venta (statutory power of sale) y resolución judicial comisoria (foreclosure decree), adjudicando al acreedor el objeto de la garantía libre de la facultad de redención.

Externamente, aún podía parecer que el acreedor se convertía en dueño absoluto de la pertenencia hipotecada si la amortización de la deuda no se producía en el plazo ordinario de seis meses, pero se trataba sólo de una apariencia o formalismo jurídico, ya que, de acuerdo con la doctrina del derecho equitativo de redención, el verdadero dueño era el deudor. Técnicamente, era un mero dueño equitativo, pero si satisfacía al acreedor el capital, los intereses y las costas, la Equidad le garantizaba el cumplimiento específico de la estipulación para retraer la pertenencia legal a su favor.

La suma de las facultades equitativas del deudor son las que con toda propiedad pueden denominarse "equity of redemption", o derecho equitativo de redención que debe distinguirse de la facultad equitativa para redimir (equitable right to redeem), ya que esta última no existe hasta que pasa la fecha para la redención legal, mientras que el derecho equitativo de redención existe y es transmisible como hemos visto- desde que la hipoteca queda constituida (Samuel V. Jarrah, etc., Corporation Ltd., 1904). Es, en suma, un derecho real inmobiliario más, sujeto a las mismas vicisitudes que los restantes (Casborne v. Scarfe, 1738).

2.3. Hipoteca de pertenencias menos plenas.

Si la garantía ofrecida por el prestatario era un arrendamiento real y no una pertenencia plena, había, antes de 1926, dos métodos para la constitución de la hipoteca. Usualmente el deudor

subarrendaba su derecho al acreedor por un periodo ligeramente - más corto que el de duración del arrendamiento. Este era el procedimiento más aconsejable puesto que el acreedor-subarrendatario no quedaba vinculado por los pactos naturalmente inmobiliarios (*privaty of estate*) existentes entre arrendador y arrendatario-deudor, con la excepción de los pactos negativos, que sí le afectaban, según la doctrina emanada de la causa "*Tulk v. Moxhay*" (v. 4, parte III, cap. III). El subarriendo reservaba al subarrendador-deudor hipotecario una reversión o derecho futuro remanente de carácter nominal (*Bonner v. Tottenham and Edmonton Permanent Investment Building Society*, 1899), lo cual iba unido a la declaración que dicho sujeto hacía de ostentar la pertenencia en fideicomiso (*trust*), en favor del acreedor. A este se le confería usualmente la facultad de desposeer al deudor de su condición de fiduciario, y de nombrarse a sí mismo o a un tercero para sustituirle, lo que le permitía subrogarse o subrogar a un adquirente en todos los derechos arrendaticios del deudor si éste incumplía sus obligaciones (*London and County Banking Co. v. Goddard*, 1897).

El sistema alternativamente empleado era la cesión (*assignement*) del arrendamiento al acreedor, en toda su duración, quedando éste responsable en los mismos términos en que lo estuviere el cedente (*Spencer's Case*), aunque no tomara posesión del inmueble (*Williams v. Bosanquet*, 1819). Cualquiera que fuera la fórmula empleada, la hipoteca contenía la estipulación usual de redención seis meses después de la fecha de constitución, teniendo el deudor, para después, un derecho o facultad equitativo a la redención (*equitable right to redeem*).

En los casos en que la hipoteca del arrendamiento real quedaba constituida mediante cesión, las segundas y ulteriores hipotecas se instrumentaban ofreciendo en garantía el derecho equitativo de redención (*equity of redemption*) o conjunto de facultades residuales de las que era titular el deudor hipotecario. Por

contra, si la primera hipoteca adoptaba la forma de un subarrendamiento, las posteriores se conformaban mediante nuevos subarrendamientos, cada uno de duración un poco mayor que el anterior.

2.4. Hipotecas equitativas (equitable mortgages).

Al lado de la transmisión solemne (conveyance) de la pertenencia plena o menos plena, como sistema de constitución de una hipoteca legal, siempre ha sido posible crear hipotecas equitativas en base a derechos de esta naturaleza.

Una hipoteca equitativa es un contrato que opera como garantía real y es exigible en base a la jurisdicción equitativa de los Tribunales, los cuales las hacen efectivas, según los casos, concediendo al acreedor directamente los remedios apropiados o compeliendo al deudor a otorgar el oportuno contrato de garantía de acuerdo con el precontrato celebrado al efecto (Ashton v. Corrigan, 1871; Hermann v. Hodges, 1873).

Sin perjuicio de dedicar mayor atención al tema de las hipotecas equitativas en otro lugar (v. 3. 1.3. de este mismo capítulo) podemos anticipar que son clasificables en dos grupos: hipotecas equitativas constituidas por dueños equitativos y constitución o creación de hipotecas equitativas por los titulares de la pertenencia legal.

El primer sistema es el que necesariamente ha de utilizarse si el prestatario es sólo dueño equitativo de la finca ofrecida en garantía, lo que ocurría cuando, antes de 1926, el deudor hipotecario constituía una segunda hipoteca sobre el mismo inmueble. La pertenencia legal había sido transmitida al primer acreedor y lo único que el deudor hipotecario podía hipotecar de nuevo era su derecho equitativo de redención (equity of redemption). Otro ejemplo de hipoteca equitativa, constituida por un prestatario ti

tular de un derecho equitativo, es la otorgada por el titular vitalicio de una pertenencia en situación de vinculación estricta (tenant for life under a strict settlement) que hipoteca su derecho equitativo vitalicio (equitable life interest).

De otra parte, es también posible que una hipoteca equitativa sea constituida por el titular de una pertenencia legal. Ello ocurre cuando las partes contratantes, con el propósito de garantizar una obligación, otorgan un precontrato o realizan actos - (v. 1., parte IV, cap. III) insuficientes para transmitir la pertenencia legal, pero bastantes para hacer surgir un derecho equitativo, según el cual sea exigible tal transmisión en concepto - de hipoteca legal (National Provincial and Union Bank of England v. Charnley, 1924). Una hipoteca inmobiliaria equitativa de esta índole, ha de manifestarse mediante el depósito de las escrituras solemnes en que conste el título de la pertenencia (by way - of deposit of title deeds), o a través de evidencia precontractual escrita, o ha de contar, al menos, con el apoyo de otros actos suficientes de cumplimiento o ejecución (sufficient act of - part performance) del eventual precontrato de garantía existente.

2.5. La reforma legislativa de 1925 y el sistema hipotecario.

La práctica predominante, anterior a 1925, según la cual la pertenencia plena era objeto de transmisión solemne (conveyance) al acreedor, suponía una dificultad de notable envergadura para el legislador de 1925, por cuanto resultaba difícil armonizar este sistema con los principios jurídicos en que se quería basar - la reforma (v. 6., cap. II).

La piedra angular en que se sustentó la reforma legislativa era el principio de que la pertenencia legal plena había de ser conferida a su verdadero titular, el cual debía gozar de la facultad de disponer de ella libre de derechos equitativos. Se estimó que el verdadero dueño era el deudor que ofrecía su finca -

en garantía. Sin embargo, todo lo que éste conservaba en su patrimonio, antes de 1926, era un derecho equitativo y, a menos que se introdujeran importantes modificaciones, era evidente que carecía de toda facultad para transmitir la pertenencia legal mientras la hipoteca subsistiera.

De otra parte, se estimó muy importante proteger determinadas ventajas que el acreedor obtenía de su dominio legal, singularmente el rango o prioridad de su derecho (priority). Efectivamente, al acceder el acreedor, en el antiguo sistema, a la condición de titular de la pertenencia legal, cualquiera hipoteca posterior sobre el mismo inmueble tenía forzosamente carácter equitativo. Además, la posesión de las escrituras solemnes de la pertenencia le habilitaba para controlar cualquier intento del deudor relativo a ella. Asimismo, gozaba de la facultad de tomar posesión de la finca y, por ende, de constituir arrendamientos reales. Finalmente, cuando ejercía la facultad de venta (power of sale) -- como consecuencia de que el deudor incumpliera sus obligaciones, podía adjudicar o conferir al comprador la pertenencia plena.

La solución arbitrada en la Ley del Derecho de Propiedad -- (Law of Property Act) de 1925 consistió en, retrocediendo al siglo XIII, desempolvar el viejo sistema de la hipoteca constituida mediante la creación de un arrendamiento real, prohibiendo, al mismo tiempo, la cesión de la pertenencia plena con tal fin. Por ello, el acreedor que, a partir de 1926, no se conforme con un simple derecho equitativo y desee una garantía más sólida, puede optar entre un arrendamiento real o un derecho de nuevo cuño, denominado afección en pago con fuerza de hipoteca legal (charge by deed expressed to be by way of legal mortgage), que confiere al acreedor las mismas facultades y remedios que si hubiese adquirido una pertenencia menos plena o arrendamiento real. Hay, no obstante, entre ambas modalidades hipotecarias, algunas diferencias técnicas que examinaremos más adelante.

De este modo quedó salvaguardado el principio de que la pertenencia plena debe permanecer en el ámbito patrimonial de su verdadero dueño: el deudor es el titular legal y equitativo de la misma, y el acreedor queda investido de un derecho in "alieno solo". Al fin, la afección en pago con fuerza de hipoteca legal aportó al Derecho inglés una modalidad contractual al servicio de la finalidad específica de garantía real que se pretendía, superando la mixtificación conceptual que entraña la creación de arrendamientos reales con fines de garantía. No se prescinde plenamente de estos negocios jurídicos fiduciarios u oblicuos, resultantes de la utilización de instituciones jurídicas cuya principal finalidad es suplantada por la de crear una garantía inmobiliaria, pero se ofrece al menos una alternativa para huir de la simulación.

Adicionalmente, hemos de subrayar otros dos importantes resultados del cambio sobrevenido en 1925. El primero de ellos es la conservación de la pertenencia legal plena en el patrimonio del deudor, lo que le permite constituir segundas y ulteriores hipotecas de carácter legal. En segundo lugar, las facultades sustantivas de una y otra parte subsisten. Así, por ejemplo, el deudor conserva el derecho equitativo de redención (equity of redemption) perviviendo su clásica nomenclatura, cuyo valor patrimonial es el del inmueble deducido el importe de la obligación garantizada. Por su parte el acreedor conserva, entre otros medios de defensa, las facultades antes enumeradas (posesión títu los, posesion finca, venta de ésta, constitución de arrendamien tos reales) cuyo mantenimiento se estimó útil para reforzar la suposición contractual.

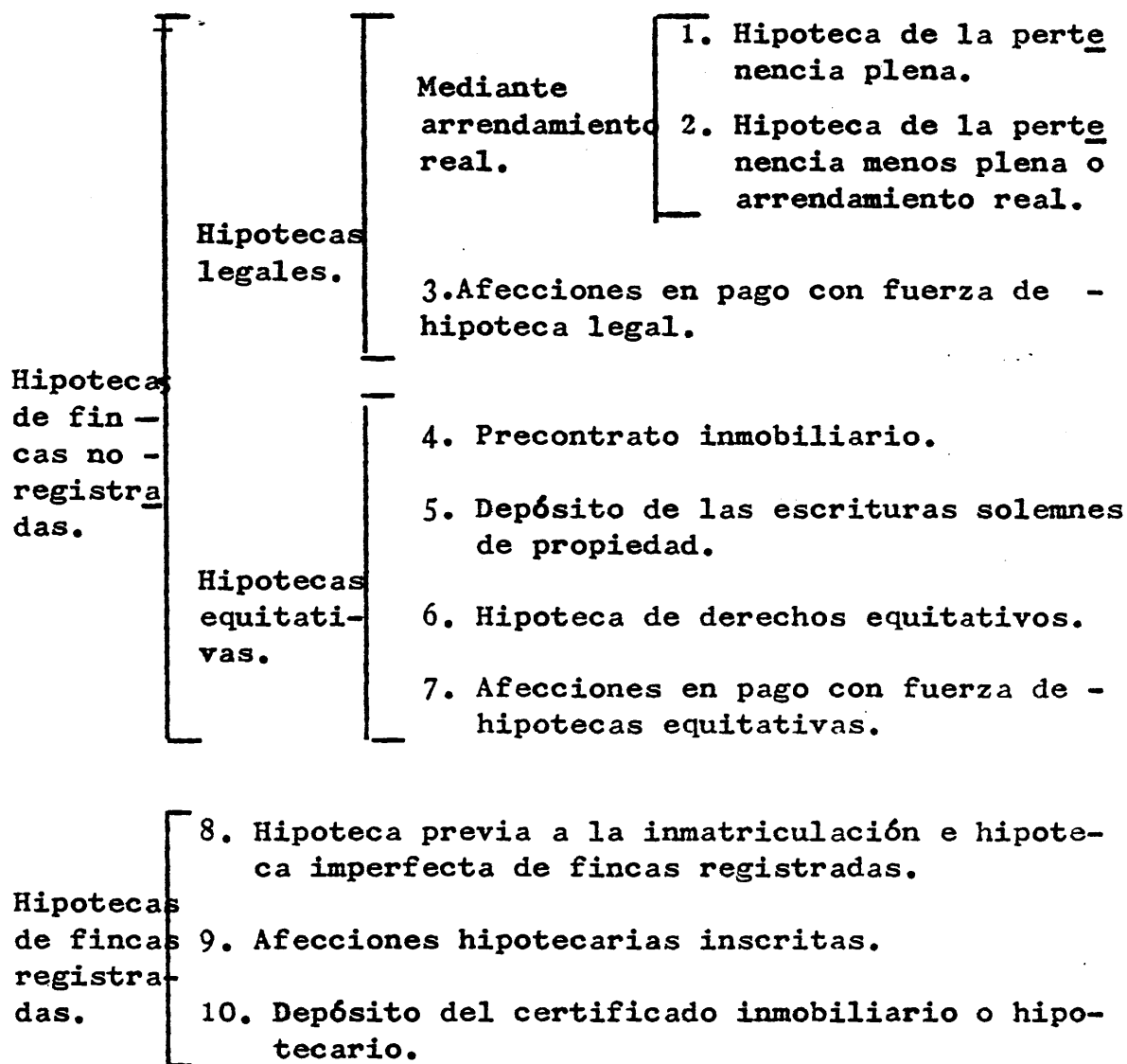
3. CLASES DE HIPOTECA: OBJETO. FORMA Y PACTOS USUALES.

- o - o - o -

* Al contemplar el enmarañado panorama del sistema hipotecario inglés, la primera sensación que experimenta el jurista de escuela hispánica es de sorpresa, confusión y hasta vértigo. Sin embargo, es perfectamente lógico que un Derecho inmobiliario tan complejo y rico en posibilidades prácticas como el que venimos estudiando, fruto de la simbiosis de dos cuerpos distintos (Derecho común y Equidad) del Ordenamiento jurídico, cuyo sistema dominical inmobiliario se articula en base a dos instituciones (pertenencias plenas y menos plenas), de régimen jurídico peculiar, y dispuesto a ofrecer a todos los inmuebles, inscritos o no inscrito en el Registro de Títulos, una misma oportunidad de ser hipotecados, haya alumbrado un sistema hipotecario casi laberíntico. La gran riqueza de cauces que el Derecho inglés ofrece para la creación de hipotecas hace inevitable el precio de un alto grado de complejidad práctica. Pudiera residir aquí, a nuestro juicio, una de las grandes lecciones que el Derecho inglés nos brinda: su enorme capacidad de asumir jurídicamente cualquier parcela del mundo social fruto de su singular vocación de instrumento al servicio de la sociedad. Si al Derecho inglés hubiera que buscarle un mote heráldico quizá podría servir este: ante las necesidades prácticas es preferible que padezcan los conceptos jurídicos.

No podemos iniciar el estudio de las múltiples modalidades de constitución de hipotecas sin trazar una raya divisoria entre las que están al servicio de fincas no registradas (mortgages of unregistered land) y las que sirven de vehículo para gravar fincas no registradas (mortgages of registered land).

Cada uno de estos dos bloques ofrece posibilidades varias cuya descomposición sinóptica es la siguiente:



1. El principal cambio introducido por el legislador - de 1925 al regular las hipotecas legales de fincas no inscritas fué, como ya sabemos, desterrar el antiguo sistema de - transmisión de la pertenencia plena, sustituyéndolo por el de constitución de arrendamientos reales con igual finalidas. Salvo pacto en contrario, el arrendamiento real-hipotecario se crea por el anonadante plazo de 3.000 años (pudiera parecer un rasgo de "english humour", pero se trata de - una disposición legal) sujeto a extinción en caso del pago de la deuda garantizada. Las segundas y ulteriores hipote -

cas, que a partir de entonces pueden constituirse como legales y no simplemente como equitativas, según ocurría en el régimen precedente, se instrumentan mediante segundos y posteriores arrendamientos reales de duración superior en un día al anterior. Si el primer arrendamiento se extingue por pago, el segundo arrendatario-acreedor pasa a ocupar el primer rango hipotecario. Las hipotecas legales constituidas con anterioridad a 1926 fueron, mediante una radical atribución de eficacia retroactiva otorgada al nuevo sistema, automáticamente asimiladas en su tratamiento jurídico a las creadas con posterioridad a dicha fecha.

2. Cuando el deudor hipotecario es solamente titular de la pertenencia menos plena o arrendamiento real, el método constitutivo legalmente establecido es la creación de un subarrendamiento. La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 faculta al arrendatario que quiera hipotecar para que subarriende a favor del acreedor por un periodo que suele ser un día más corto que el de su propio derecho. Es usual que el primero de los préstamos hipotecarios se pacte por un plazo inferior en diez días al del arrendamiento que se subarrienda hipotecariamente, a fin de dejar margen para la constitución de segundas y ulteriores hipotecas, ya que los posteriores subarrendamientos hipotecarios han de ser de duración superior en un día a los anteriores. La menor duración del primer subarrendamiento, en comparación con el arrendamiento del que trae causa, no tiene otro fundamento que el de evitar que el subarriendo se identifique o confunda con una cesión arrendaticia. La duración superior en un día de las segundas y posteriores hipotecas subarrendaticias es un dispositivo jurídico análogo al usado para las hipotecas posteriores de la pertenencia plena, antes vistas. En cuanto a las normas de Derecho transitorio aplicables a este tipo de hipotecas a partir de 1 de enero de 1926, consis

ten en la conversión automática de las anteriormente constituidas en forma de cesión arrendaticia, en subarriendos susceptibles de extinción mediante pago de la deuda.

3. La fórmula alternativa a la constitución de una -
hipoteca legal instrumentada mediante un arrendamiento o -
subarrendamiento real, estriba en crear una afección en pago -
solemne con fuerza de hipoteca legal. Esta carga de naturaleza hipotecaria no da vida a un hipotético o efectivo derecho -
real arrendaticio sobre la pertenencia, pero otorga -
al acreedor hipotecario la misma protección, facultades y -
medios de defensa que si así fuera. Para que se produzca este -
efecto jurídico se precisa la constitución de la carga -
en escritura solemne y su descripción en ésta con el carácter -
específico de afección en pago a modo, con valor o con
fuerza de hipoteca legal. Este método constitutivo se ha -
ido afirmando progresivamente desde su introducción legal y,
en la actualidad, es preferido al de contratación de arrendamientos y subarrendamientos de larga duración.

Salvo ciertas ventajas técnicas, de orden práctico, y mayor claridad en la fórmula contractual, al desterrarse el arcaísmo de transmitir al acreedor el bien que se pretende hipotecar, los efectos de la afección en pago no discrepan de los de la hipoteca legal.

Un acreedor hipotecario cuyo derecho tenga el rango de primera hipoteca, constituida sobre pertenencia plena, tiene facultad para exigir la posesión de los títulos dominicales de su garantía, en la misma medida que si se le hubiera transmitido la pertenencia plena. Si la primera hipoteca recae sobre pertenencia menos plena, la facultad posesoria -
del acreedor es la misma que corresponde a la de un cesionado

rio del arrendamiento. Las hipotecas legales no seguidas - del depósito de los títulos (segundas y ulteriores hipotecas), también llamadas hipotecas menores, han de ser inscritas en el Registro Central de Cargas Inmobiliarias (apartado I de la clase C).

El régimen jurídico de las hipotecas legales y, en particular, el estudio de las facultades del acreedor hipotecario, constituirá el núcleo de nuestra exposición a partir del apartado 6 siguiente.

4. De conformidad con la filosofía jurídica propia de la Equidad inglesa si alguien, en base a cierta cantidad de dinero recibida en préstamo, se obliga precontractualmente a otorgar una escritura de hipoteca solemne en favor de otra persona, queda constituida una hipoteca equitativa en favor de ésta. En tal caso, es posible exigir la constitución de la oportuna hipoteca legal, ejercitando el derecho equitativo para el específico cumplimiento de lo pactado. El pacto o precontrato hipotecario carece de fuerza vinculante si no reúne los requisitos que la legislación inmobiliaria tiene establecidos (v. 1., parte IV, cap. III).

5. La doctrina jurisprudencial tiene dispuesto que la entrega al prestador de las escrituras solemnes de los títulos de la propiedad inmueble del prestatario, es vehículo suficiente para la constitución de una hipoteca equitativa, siempre que exista el propósito de que la finca o fincas correspondientes sirvan de garantía para el pago de la deuda contraída. Esta modalidad de constitución de la hipoteca es una subespecie de la anterior, por cuanto el depósito de los títulos desempeña la función de un acto de suficiente cumplimiento, en base al cual es posible acreditar la existencia de un precontrato.

6. Las hipotecas de derechos de naturaleza equitativa - (derechos limitadamente heredables, derecho del titular vita licio de la pertenencia en una vinculación estricta, etc.) - son, por su propio carácter, necesariamente equitativos. El procedimiento para su constitución es análogo al empleado an tes de 1926 en el caso de la hipoteca legal de la pertenencia plena: a saber, el derecho equitativo en cuestión se transmite, en su plenitud, al acreedor hipotecario, transmisión que se subordina a un pacto de retro en favor del constituyente de la garantía para el caso de extinción de la deu da y correlativa cancelación de la carga.

7. Una afección en pago con fuerza equitativa sujeta a los inmuebles al pago de determinada deuda en favor de un tercero, sin que se transmita ni siquiera se pacte la transmisión de una pertenencia legal inmobiliaria.

Sin perjuicio del enorme casuismo imperante siempre en Derecho inglés, y por ello con todo género de cautelas, puede afirmarse, con valor general, que las hipotecas equitativas de pertenencias legales (puntos 4. 5 y 7 de esta exposición) facultan al acreedor hipotecario para promover judicialmente la venta de la garantía e instar la designación de un administrador de la pertenencia. En virtud de pacto expreso o implícito (poder o fideicomiso) suelen quedar apoderados también para disponer directamente de la garantía, vendién dosela a un tercero o adjudicándosela a sí mismos (acción co misoria). Las hipotecas equitativas que no van unidas al depósito de las escrituras de propiedad deben inscribirse en el Registro Central de Cargas Inmobiliarias (apartado III de la clase c).

8. La ejecución de un contrato inmobiliario transmisio -

rio (compraventa, p. ej.) pone en marcha, como sabemos, el mecanismo de inmatriculación de la finca en las zonas de inscripción obligatoria. Si, como suele ocurrir, la venta se pacta con aplazamiento del pago del precio, la solicitud de inscripción puede realizarla el vendedor en lugar del comprador para asegurarse que su hipoteca se inscribe. Si la inmatriculación la llevara a cabo el comprador-deudor, obtendría éste el certificado de inscripción inmobiliaria y supuesto que después se negara a presentarlo en el Registro, la hipoteca no podría inscribirse.

Asimismo, quienes tienen obligación legal de solicitar la inmatriculación de la finca (comprador, arrendatario o cesionario de éste) pueden, antes de que aquélla se practique, crear un derecho de retención a favor de otro (lien), equivalente al que puede ser constituido, como veremos enseguida, mediante el depósito del certificado de inscripción inmobiliaria. Ello es factible a través de una notificación de depósito futuro dirigida al Registro. Practicada la inmatriculación, el certificado de inscripción inmobiliaria se entrega a la persona designada en la notificación como beneficiaria de la garantía.

La constitución de hipotecas equitativas de fincas inmatriculadas (precontrato hipotecario, si, en determinados supuestos, llega a otorgarse; contratos hipotecarios solemnes defectuosos; etc.) supone la creación de derechos menores, que, como es lógico, surten efectos solamente en Equidad, - siendo, por lo tanto, vulnerables por actos dispositivos del titular de la pertenencia hipotecada, a menos que se protejan mediante oposición cautelar registral.

9. Una afección hipotecaria inscrita es un derecho - real hipotecario, cuyo vehículo constitutivo ha de ser, necesariamente, una escritura solemne. Dentro de esta rúbrica, -

de valor general, puede acudirse a la modalidad de afección en pago con fuerza de hipoteca o al arrendamiento o subarrendamientos expresos, según que, en este último caso, el derecho del constituyente sea la pertenencia plena o menos plena. Salvo expresa disposición o pacto en contrario, es decir, con valor de presunción "iuris tantum", se entiende constituida como afección en pago con fuerza de hipoteca. La constitución de la carga hipotecaria queda perfeccionada mediante la inscripción que de la titularidad de la misma, a nombre del acreedor hipotecario, realiza el Registrador. Se expide, entonces, un certificado de inscripción hipotecaria (charge certificate) a nombre del acreedor titular del derecho, quedando el certificado de inscripción inmobiliaria depositado en el Registro hasta la cancelación de la carga.

10. El titular o dueño, en pertenencia plena o menos plena, de una finca inscrita, o el titular de una afección hipotecaria, asimismo inscrita, pueden constituir un derecho de retención (lien) mediante el depósito de sus respectivos certificados: certificado de inscripción inmobiliaria o de inscripción hipotecaria. En este último supuesto, estaríamos ante un supuesto de constitución de subhipoteca. En todo caso, el derecho de retención es similar a una hipoteca constituida mediante el depósito de las escrituras solemnes del dominio de fincas no inscritas. El acreedor hipotecario, en virtud de depósito, debe notificar éste, por escrito, al Registrador el cual anotará su existencia como una oposición cautelar (caution) frente a terceros. El acreedor tiene la posibilidad alternativa de perfeccionar la garantía, elevándola al rango de carga hipotecaria inscrita, para poner en marcha, después, los medios de defensa que la misma proporciona, o promover directamente una venta de la garantía, previa una orden judicial, sin la que un simple depositario no puede hacer efectivo su derecho.

El regreso al ámbito hipotecario español, tras esta rápida incursión en territorio inglés, es sumamente relajante. Si bien los autores españoles, sistematizando la normativa hipotecaria sobre el particular, agrupan las hipotecas con arreglo a diversos criterios, en realidad ninguna de estas clasificaciones se inspira en la forma o procedimiento jurídico seguido para constituir la hipoteca que, en Derecho español es único e invariable, sino en los diversos tipos de obligaciones que pueden ser garantizadas con hipoteca, como p. ej., obligaciones futuras o sujetas a condiciones suspensivas o resolutorias. Digamos de paso que tanto en el Ordenamiento inglés como en el nuestro, lo normal es que la hipoteca garantice obligaciones que ya inicialmente consistan en tener que pagar sumas de dinero. En todo caso, cualquier obligación, de la clase que sea, deberá transformarse en una prestación pecuniaria para que pueda extinguirse a través de la ejecución hipotecaria.

Excepto para las llamadas hipotecas legales tácitas (privilegios por razón de deudas a la Hacienda y a los aseguradores), cuyo carácter de verdaderas hipotecas es perfectamente discutible, ya que más bien se trata de preferencias de cobro de ciertos créditos sobre determinados bienes, y que existen directamente establecidas por la ley desde que se dá el hecho que las motiva, las verdaderas hipotecas, o hipotecas expresas, no se constituyen sino mediante:

12 El otorgamiento solemne del acto que la ley señala, que, generalmente, es escritura pública (art. 145, 12, L.H.). Excepcionalmente, puede constituirse en otros documentos públicos como, por citar un ejemplo, el de aquellas hipotecas legales que el obligado se niega a otorgar voluntariamente, cuyo vehículo constitutivo es una resolución judicial.

2º La inscripción en el Registro de la Propiedad (C. c. art. 1.875 y L. H., art. 145, 2º). La hipoteca es, en nuestro sistema, un derecho real respecto del cual la inscripción tiene valor constitutivo. Sus rigurosos requisitos formales tienen valor de paradigma en nuestro Ordenamiento jurídico.

Ya que hemos hablado de hipotecas legales en Derecho español, expresión homónima de la que reiteradamente venimos empleando para el Derecho inglés, no está de más que subrayemos sus diferencias conceptuales. Entre nosotros, la hipoteca legal no es, como en Inglaterra, una modalidad caracterizada por encarnar el grado máximo de perfección o rigor constitutivo, sino las que tienen un origen coactivo en virtud de precepto legal. Tal es el caso, entre otros, de las que pueden exigir las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos, en garantía de bienes dotales o parafernales entregados a ellos. Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tienen otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho; es decir, que han de recurrir al procedimiento constitutivo común antes indicado.

En Derecho español es de todo punto imposible constituir hipotecas ni en documento privado ni al margen del Registro de la Propiedad. El rigor formalista de nuestro sistema hipotecario, sin duda elogiable por lo que supone de sencillez y normalización de la técnica jurídica, tiene el enorme handicap práctico de que en un sistema registral como el nuestro, de inmatriculación voluntaria de fincas, casi el 50% de éstas, faltas de inscripción registral, quedan al margen del mercado del crédito territorial, lo que no ocurre en Derecho inglés, que ha optado por un edificio hipotecario de arquitectura laberíntica a cambio de dotar a toda la propiedad privada inmobiliaria de posibilidades hipotecarias.

En otro punto de nuestro comentario (véase el correspondiente al epígrafe 1., parte IV, capítulo III), al referirnos con carácter general al precontrato en Derecho español, dimos cuenta de un precepto del Código civil (el art. 1.862) que preceptua que "la promesa de constituir prenda o hipoteca solo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose se dueño de las que no le pertenecen". Esta promesa no crea derecho real alguno, ni siquiera otorgada en escritura pública. De otra parte, y según comenta DE BUEN (Notas al "Curso" de Colin y Capitant; t. v. págs. 483 y siguiente de la 2ª ed.) si la hipoteca se otorga en documento privado, no será tal hipoteca; pero, según la doctrina del artículo 1.279 del Código civil, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar la forma exigida desde que hubiere intervenido el consentimiento necesario. Hay un retorno al supuesto anterior, pues lo que no valga como hipoteca podrá valer como promesa de constitución de hipoteca. Su eficacia, tanto si se otorga en escritura pública como en documento privado, es, en suma, mucho menor que la de las hipotecas equitativas inglesas, incluso que las constituidas en virtud de precontrato, que conceden facultad real al acreedor hipotecario por cuanto puede promover judicialmente la venta de la garantía y el nombramiento de un administrador para ella. Y es que las promesas hipotecarias inglesas son generadoras de auténticas hipotecas, mientras que de las nuestras nacen derechos de ámbito puramente obligacional.

La determinación de los bienes que pueden ser hipotecados y el grado en que quedan afectados en garantía de la

la obligación, son materias en las que saltan a la vista los abundantes paralelismos existentes entre los dos sistemas hipotecarios en juego. El artículo 106 de la Ley Hipotecaria - se refiere a los bienes y derechos que pueden ser hipotecados, el 108 establece los que no se pueden hipotecar y el 107 enumera los bienes y derechos que pueden ser objeto de hipoteca bajo ciertas modalidades o restricciones, que en la mayoría de los casos consisten en derechos posiblemente resolubles. Un exámen minucioso de tales preceptos no es de este lugar. Pero con una visión superficial de los mismos basta para entrever la realidad de los múltiples puntos de contacto entre ambos sistemas, y sin menoscabo, como es lógico, de las peculiaridades institucionales inmobiliarias de cada uno de ellos. La hipotecabilidad, en nuestro Derecho, del dominio, de la nuda propiedad, del usufructo, del derecho de superficie, de los censos (aunque no estén nominalmente citados) de los pisos y locales en régimen de propiedad horizontal y de las servidumbres personales, constituye un abanico de posibilidades de garantía real que tiene su equivalente en Derecho inglés, como se deduce de la simple lectura de la parte del texto en que se desarrolla esta cuestión.

El tema de la extensión de la hipoteca a los inmuebles por incorporación o destino ya ha sido tratado anteriormente (v. comentario a 5, cap. I). De otra parte, el principio de subrogación real respecto a la garantía hipotecaria también lo hacen suyo ambos Ordenamientos (v. art. 110, L. H.).

Muchas de las estipulaciones más frecuentes en los contratos de préstamo hipotecario que se celebran en Inglaterra también ^{son} conocidas en estas latitudes. Están presentes, sobre todo, en las minutas de préstamos usadas por las Entidades - que dominan el mercado del crédito territorial (Banco Hipotecario, Banco de Crédito a la Construcción, Cajas de Ahorro, etc.). Tal es el caso de la amortización de la deuda en for-

ma de plazos o vencimientos periódicos, fijos o variables - en su cuantía, el incremento de los intereses en caso de morosidad del deudor, la variabilidad del tipo de interés en virtud de mecanismos similares a la hipoteca de máximo, el aseguramiento del inmueble, normalmente por cuenta del deudor, contra el riesgo de incendios; etc.

Algunas normas o pactos usuales del Derecho de hipotecas en Inglaterra parecen directamente emparentadas con el rigor, casi usurario, característico del más remoto Derecho común. En aquel clima jurídico-social, el único sistema apto para obtener crédito era entregar la hacienda al prestamista. El rigor que comentamos se manifiesta en el plazo - usual de seis meses para el vencimiento de las obligaciones garantizadas con hipoteca, en el tipo de interés máximo autorizado a los prestamistas profesionales, que no ha de exceder de un increíble 48% anual y en la norma reglamentaria de las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (A.A.P.V.) (Building Societies) que prohíbe la imposición - de nuevas cargas, incluida la obtención de otros préstamos, sobre las fincas hipotecadas a su favor. Todos estos preceptos y usos son, sin duda, extraños al Derecho español. Tanto es así que el art. 107, 3º de la Ley Hipotecaria dispone que pueden hipotecarse los bienes anteriormente hipotecados, "aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar". ROCA SASTRE, (Derecho Hipotecario; IV, 1º, pág. 409. Barcelona 1968), comentando este precepto, señala que la negación de efectos obstativos o de cierre a la convención prohibitoria de ulteriores hipotecas, obedece a razones de robustecimiento del crédito territorial, pero los legisladores de 1861 la apoyaron técnicamente en las razones que sirven de base a la doctrina de las prohibiciones de disponer: el no responder a un interés serio y legítimo. De otra parte, nuestra legislación especial sobre préstamos usurarios

(ley contra la usura de 23.7.1908) considera sancionables, -
entre otros supuestos, los préstamos en que se estipula un -
interés superior al normal del dinero y manifiestamente des-
proporcionado con las circunstancias del caso. La jurispru -
dencia, un poco vetusta, del Tribunal Supremo tiene catalogada
dos como usurarios intereses del 12 y el 15% anuales, por lo
que no cabe pensar como no usurario en un tipo de interés -
próximo al 48% anual. ‡

- o - o - o -

En el capítulo precedente (v. 4, parte IV, cap. III) nos hemos ocupado con cierta amplitud del Derecho inmobiliario registral y de las dos instituciones en las que halla su más fiel expresión: el Registro Central de Cargas Inmobiliarias y el Registro de Títulos. Esta último constituye la piedra angular del sistema registral que, con carácter definitivo, y sin perjuicio de ulteriores perfeccionamientos, se pretende implantar progresivamente en todo el territorio nacional, finalidad última que aún dista mucho de ser alcanzada.

Las pertenencias que aún no han tenido acceso al Registro de Títulos, debido a que su objeto son fincas enclavadas en zonas en las que todavía no se ha llevado a cabo su implantación, no quedan al margen del tráfico jurídico hipotecario. Hay, pues, hipotecas de fincas inscritas y de fincas no inscritas. Dado que el Registro de Títulos es de moderna creación, estas últimas constituyen la modalidad tradicional en el Derecho inglés y a ellas hemos de referirnos con preferencia en nuestra exposición, que parte de la preceptiva distinción entre hipotecas de fincas no registradas (mortgages of unregistered land) e hipotecas de fincas registradas (mortgages of registered land).

3.1. Hipoteca de fincas no registradas (mortgages of unregistered land).

A partir de 1926, y de acuerdo con las previsiones de la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) del año anterior, la hipoteca legal de la pertenencia plena sólo puede constituirse con arreglo a uno de estos dos procedimientos:

- 1.- Arrendamiento real (term of years absolute) o pertenencia menos plena, sujeto a una cláusula de extinción (proviso for cesser) de la pertenencia creada, si el pago o amortización de la deuda se efectúa en la fecha establecida.

2.- Afección en pago solemne con fuerza de hipoteca legal (charge by deed expressed to be by way of legal mortgage).

3.1.1. Hipotecas legales mediante arrendamiento real (legal mortgages by lease).

3.1.1.1. Hipoteca de la pertenencia plena: normas vigentes y transitorias.

La ley no establece cual haya de ser la duración del arrendamiento real hipotecario, pero sí dispone que toda hipoteca que se pretenda constituir por el viejo procedimiento de la transmisión de la pertenencia plena debe entenderse constituida como un arrendamiento real de 3.000 años de duración, sin responsabilidad por actos dañosos (without impeachment for waste), pero sujeto a extinción en caso de pago o redención. Por supuesto, no hay obligación de someterse a un periodo arrendaticio tan dilatado, lo que equivale a decir que las partes pueden pactar plazos más breves, lo cual es frecuente en la práctica.

El principal cambio introducido por el legislador de 1925 es el de que el deudor hipotecario (mortgagor) retiene ahora la titularidad de la pertenencia plena. Ello no significa que el derecho equitativo de redención (equity of redemption) haya perdido su importancia; una pertenencia plena a la que va unida la facultad de poseer el inmueble sólo cuando un arrendamiento real de 3.000 años de duración haya expirado, es un derecho de escaso valor comparado con la facultad que asiste al propio deudor de extinguir inmediatamente tan onerosa y dilatada carga mediante el pago de la cantidad debida. Pero el cambio significa, además, que el deudor puede constituir segundas y ulteriores hipotecas legales sobre el mismo predio. Para ello ha de arrendar el predio a cada uno de los acreedores posteriores por periodos que sean, al menos, un día más largo que el correspondiente al arrendamiento antes constituido. Por ejemplo, un deudor que obtiene sendos préstamos

de A, B y C, por este orden, puede garantizarlos mediante hipoteca constituyendo un arrendamiento real a favor de A por término - de 3.000 años, otro a favor de B de 3.000 años y un día, supeditado al derecho de A y, finalmente, un tercero en favor de C por - plazo de 3.000 años y dos días, asimismo supeditado a los prece - dentes derechos de A y B.

Los segundos y ulteriores acreedores hipotecarios son, de es - te modo, titulares de un derecho legal inmobiliario en lugar de - un derecho puramente equitativo, cual ocurría antes de la reforma legislativa de 1925. A primera vista, lo que B ingresa en su pa - trimonio -un arrendamiento real por plazo de 3.000 años y un día, subordinado al derecho preferente de A, primer acreedor hipoteca - rio, de 3.000 años de duración- parece un derecho de muy remoto - ejercicio y, por ende, de valor económico casi nulo; sin embargo, si el primer arrendamiento se extingue por redención o cancela - ción subsiguiente al pago de la deuda que garantiza, el derecho - de B pasa a ocupar el primer rango arrendaticio hipotecario. Por otra parte, B tiene siempre la facultad, después de practicar la oportuna notificación, de pagar a A, lo que el prestatario le - adeudare y de subrogarse en los derechos de éste, conservando su posición contractual de arrendatario hasta ser reembolsado total - mente del importe de ambos préstamos.

De igual modo que toda primera hipoteca que se pretenda cons - tituir por el viejo procedimiento de la transmisión de la perte - nencia plena debe entenderse constituida como un arrendamiento - real de 3.000 años de duración, todo intento de crear segundas o ulteriores hipotecas por el mismo procedimiento produce el efecto de dar vida a un arrendamiento real cuya duración es superior en un día al constituido precedentemente. El sistema protege, pues, a los deudores contra los nocivos resultados de sus eventuales im - prudencias, nacidas, quizá, de situaciones de agobio económico.

Las hipotecas legales constituidas con anterioridad a 1926 -

otorgada al nuevo sistema, automáticamente asimiladas en su tratamiento jurídico a las creadas con posterioridad a dicha fecha. De este modo, una primera o única hipoteca efectuada mediante la transmisión solemne de la pertenencia plena, quedó convertida de inmediato, en dicha fecha, en un arrendamiento real de 3.000 años de duración, exento de responsabilidad para el arrendatario por actos dañosos y sujeto a extinción (cancelación o redención) en caso de pago, retornando la titularidad de la pertenencia plena, también de forma automática, al deudor o a aquél que hubiese tenido facultad de recuperarla -quizá un tercero que con su finca hubiese asegurado la devolución del préstamo- al amortizarse la deuda.

Las segundas y ulteriores hipotecas, creadas mediante la transmisión de la pertenencia equitativa, fueron reguladas de forma similar: quedaron convertidas en arrendamientos reales de duración superior en un día, al menos, al del arrendamiento precedente.

Observemos que, por aplicación de tales normas transformadoras del sistema hipotecario, contenidas en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, el derecho real equitativo de un segundo acreedor hipotecario se transmuta en un derecho de naturaleza equitativa, en un arrendamiento real o pertenencia legal menos plena. No obstante, esta transformación de un derecho equitativo en una pertenencia legal no benefició automáticamente a los segundos o ulteriores acreedores hipotecarios que no estuvieran en posesión de las escrituras solemnes de la pertenencia hipotecada, o no tuvieran registrado su derecho. Hasta aquél momento, un comprador de buena fe de la pertenencia hipotecada que no tuviere conocimiento de la existencia de la hipoteca equitativa, adquiriría libre de dicha carga sin que la aplicación retroactiva de las normas transformadoras pudieran perjudicarlo, dejando afecta su adquisición a dicha segunda o ulterior hipoteca que, en realidad, se había extinguido por aplicación de las normas reguladoras de la transmi-

3.1.1.2. Hipoteca de la pertenencia menos plena o arrendamiento real: normas vigentes y transitorias.

El tema que nos corresponde examinar ahora es el de como - constituir una hipoteca, de conformidad con el Derecho vigente, cuando el deudor hipotecario es titular solamente de la pertenencia menos plena o arrendamiento real. En este supuesto, el método constitutivo legalmente establecido es la creación de un subarrendamiento. Si, de acuerdo con los términos del arrendamiento, se requiere que el arrendatario obtenga autorización - del arrendador para efectuar un subarrendamiento con fines hipotecarios, el permiso no puede ser irrazonablemente negado, según se deduce de lo expresamente prevenido en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

Veamos como funciona el mecanismo constitutorio de la hipoteca a través de la clásica y muy anglosajona vía del ejemplo. Supongamos que A, titular de la pertenencia plena, ha arrendado el predio a T por plazo de 99 años y que T desea hipotecar su pertenencia menos plena, a la que aún restan 70 años de existencia, con el fin de que L goce de garantía real para un préstamo que ha de hacerle. La indicada Ley de 1925 faculta a T para que subarriende la finca a L por un periodo que debe ser por lo menos un día más corto que el de su propio derecho, sujeto a la estipulación de que el título subarrendaticio de L se extinguirá cuando el préstamo sea amortizado.

Si T, más tarde, pretende obtener de S un nuevo préstamo, debe otorgar a su favor un segundo subarriendo de duración superior en un día al constituido en primer término. Por esta razón es usual que el primero de los préstamos hipotecarios se pacte por un plazo inferior en diez días al del arrendamiento que se subarrienda (en nuestro ejemplo serían 69 años y 355 días), a fin de dejar margen para la constitución de segundas y ulterio-

res hipotecas. Es esta una práctica generalmente seguida, que no constituye exigencia jurídica absoluta, porque la antigua norma (Re Moore & Hulme's Contract, 1912) de que una relación arrendaticia puede producir sus efectos en cuanto derecho futuro remanente (reversion) sobre otro derecho arrendaticio de igual o mayor duración -es decir, el subarrendatario posterior puede subrogarse, mediante pago, en los derechos del anterior, aunque ambos subarrendamientos sean de igual duración-, ha sido expresamente ratificada por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

En el ejemplo que nos sirve de pauta para nuestra exposición resultaría que:

A es titular del derecho futuro remanente o reversión a la pertenencia plena.

L es subarrendatario por 69 años y 355 días.

S es subarrendatario por 69 años y 356 días, estando su derecho subordinado al de igual rango, pero prioritario, de L.

T, deudor hipotecario, es arrendatario real por plazo de 70 años, estando subordinado su derecho a los dos subarrendamientos creados por él.

Supuesto que L opte por tomar posesión del predio, lo que constituye una de sus facultades, puede mantenerse en dicha situación hasta que sea reembolsado por T, por el deudor, o por S. Si L cobra de T, S adquiere efectivamente las mismas facultades que ostentaba el primer subarrendatario hasta el momento en que T le resarza, a su vez, de la deuda que con él contrajo. Otra posibilidad es que S pague a L, en cuyo caso se subroga en su derecho, pudiendo permanecer en posesión del inmueble hasta que T satisfaga ambos créditos, el que contrató con S y el que éste adquirió por subrogación.

En el caso de que L transmita la pertenencia, facultad que legalmente le asiste, en determinados casos, como veremos en lugar oportuno (v. 7.4.1., más adelante), el pertinente contrato solemne transfiere al adquirente no su subarrendamiento de 69 años y 355 días, sino el arrendamiento real de 70 años cuya titularidad ostentaba el deudor, lo que lleva aparejado la extinción del subarrendamiento hipotecario de S y de cualquier otro posterior sobre el mismo inmueble, sin perjuicio de los medios de defensa de que éstos disponen, que también estudiaremos en otro lugar.

Queda así patentizada la endeblez del derecho de los segundos acreedores hipotecarios, cuya pertenencia legal puede extinguirse automáticamente si un acreedor prioritario ejercita su facultad legal de transmisión o venta, o si, en el ejercicio de su acción judicial comisoria para adquirir la titularidad de la pertenencia hipotecada (foreclosure decree), libre de cargas posteriores, obtiene éxito. Otros inconvenientes menores de las segundas hipotecas están en la prioridad que sobre ellas tienen los préstamos complementarios que faciliten los primeros acreedores que desconozcan su existencia (risks of tacking), la falta de posesión de las escrituras solemnes de la pertenencia, etc... A través del Registro de Cargas Inmobiliarias (v. 4.1., cap. IV, parte IV) y de otros procedimientos, se consigue paliar, y aún minimizar, estos inconvenientes.

Toda hipoteca de un arrendamiento real que, a partir de 1925, se pretenda constituir mediante una cesión arrendaticia, opera automáticamente, y por efecto de la propia Ley del Derecho de Propiedad, como un subarriendo real susceptible de extinción en virtud de redención o pago. El primer o único subarrendatario -acreedor- adquiere un derecho diez días más corto que el del arrendatario -deudor-; los posteriores ven aumentados en un día más que el precedente la duración de su derecho, por las razones y con arreglo al mecanismo antes aplicado.

En cuanto a las normas de Derecho transitorio, que se aplican a este tipo de hipotecas a partir del 1 de enero de 1926, - consisten en la conversión automática de las hipotecas anteriormente constituidas por cesión arrendaticia, en subarriendos susceptibles de extinción en virtud de redención o pago. Los términos de duración son los mismos que rigen para los casos en que, ya durante la vigencia de la legislación actual, se pretenda hipotecar un arrendamiento real mediante su cesión. Es decir, el supuesto del que nos hemos ocupado en el párrafo anterior.

3.1.2. Afecciones en pago con fuerza de hipoteca legal (legal - charge).

La fórmula alternativa a la constitución de una hipoteca legal instrumentada mediante un arrendamiento o subarrendamiento real -según que el derecho del deudor hipotecario que constituya la carga sea una pertenencia plena o menos plena-, consiste en - crear una afección en pago solemne con fuerza de hipoteca legal (a charge by deed expressed to be by way of legal mortgage). Esta carga de naturaleza hipotecaria, no da vida a un hipotético o efectivo derecho real arrendaticio sobre la pertenencia (Weg Motors, Ltd. v. Hales, 1962; Cumberland Court (Brighton), Ltd. v. Tylor, 1964), pero otorga al acreedor hipotecario la misma protección, facultades y medios de defensa que si así fuera (Grand Junction Co., Ltd. v. Bates, 1954; Bergravia Insurance Co., Ltd. v. Meah, 1964; Regent Oil Co., Ltd. v. J.A. Gregory (Hatch End), Ltd., 1966; Caunce v. Caunce, 1969).

Las afecciones en pago habían sido utilizadas, durante largo tiempo, como sistema para proporcionar garantía a los prestadores, si bien hasta la promulgación de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 su eficacia era menor que la de las hipotecas legales. De este modo, si un prestatario convenia por escrito - que un predio suyo quedase afectado al pago de determinada cantidad recibida en préstamo, el prestador adquiría un simple dere -

cho equitativo que no le facultaba ni para obtener la posesión ni para constituir arrendamientos sobre la finca, dejándole expuesto, además, al riesgo de que su derecho quedara automáticamente pos- puesto al de un acreedor posterior adquirente de una hipoteca legal.

Pero, presumiblemente, como un intento de simplificar la compleja contratación inmobiliaria, el legislador reformista de 1925 trazó una nueva modalidad de afección en pago que atribuye al prestatario un derecho real legal sin que ello implique la constitución, a su favor, de un arrendamiento real.

El titular de este nuevo derecho real de garantía, puesto - en circulación a partir de 1925, no es arrendatario ni subarrendatario real, pero goza, según antes quedó expuesto, de "la misma - protección, facultades y medios de defensa" que ellos, tal como - expresamente lo declara la importantísima Ley del Derecho de Propiedad de 1925 y lo ratifica la abundante jurisprudencia que acabamos de citar. En otras palabras, la relación jurídica que media entre él y el deudor es, sustancialmente, la misma que existe entre arrendador y arrendatario o, en su caso, entre subarrendador y subarrendatario.

Se precisa, para que dicho efecto jurídico se produzca, el - cumplimiento de dos requisitos: uno, formal, su constitución en - escritura solemne -puesto que su simple constancia escrita no le dá carácter de carga legal- y otro, de fondo, consistente en la - mención expresa en el texto de la escritura del carácter específico de la carga que se constituye, es decir, afección en pago a modo, con valor o con fuerza de hipoteca legal.

Este método constitutivo de garantía real hipotecaria ha ido afirmándose, progresivamente, desde su introducción legal y en la actualidad es preferido al de contratación de arrendamientos -y - subarrendamientos- de larga duración.

Hay determinadas ventajas de orden práctico que justifican - la utilización preferente de esta fórmula:

- a) El mismo documento es apropiado para hipotecar la pertenencia plena y la menos plena, por separado e incluso simultáneamente, proporcionando, en este último supuesto, un método sencillo para plasmar una hipoteca conjunta referida a ambas pertenencias.
- b) El deudor que queriendo hipotecar su derecho arrendaticio real esté sujeto a la cláusula confiscatoria o condición resolutoria (condition) (v. ante 1.6.3., parte III, cap. III) de no poder subarrendar sin el consentimiento del arrendador, necesita, - evidentemente, dicho consentimiento si su hipoteca adopta la - forma de un subarrendamiento, pero probablemente puede prescindir de dicha autorización (Grand Junction Co, Ltd. v. Bates, - 1954; Gentle v. Faulkner, 1900), sin que su conducta entrañe - infracción del pacto, si se acoge a la fórmula de la afección en pago con valor de hipoteca legal, puesto que no crea un subarrendamiento real, sino que se limita a conceder al acreedor facultades análogas nacidas de la asimilación de efectos querida expresamente por el legislador.
- c) La fórmula contractual empleada es, finalmente, más breve y - sencilla y, por ello mismo, más inteligible para los prestatarios que acuden a ella.

Se estima como un inconveniente de la fórmula, tal como es - quemáticamente ha quedado trazada en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, la ausencia de la cláusula de extinción del derecho hipotecario creado (proviso for cesser) si el pago o amortización de la deuda se efectúa en la fecha establecida. Esta estipulación, que es inherente a la hipoteca constituida a través del arrendamiento y subarrendamiento real, reviste considerable importancia

práctica por cuanto fija la fecha hasta la cual el deudor puede - extinguir la carga hipotecaria amortizando la deuda, y a partir - de la cual el acreedor puede adquirir judicialmente para sí la - finca hipotecada (foreclose), libre del derecho equitativo de redención del deudor (mortgagor's equity of redemption). La ausencia de este pacto implícito en la afección en pago con fuerza de hipoteca legal, equivaldría a que no se producirían automáticamente - los efectos reales recíprocos para el deudor y el acreedor que - acabamos de indicar, siendo preciso para desencadenarlos una expresa declaración judicial previa, instada después de la fecha en que la amortización de la deuda debió producirse. Aunque esta - hipótesis no es del todo segura, ya que, sobre este particular, - puede pensarse en una asimilación de efectos entre ambas modalidades hipotecarias, lo más prudente, para evitar interpretaciones dudosas, es incluir expresamente la oportuna cláusula en los contratos constitutivos de la afección en pago.

3.1.3. Hipotecas equitativas (equitable mortgages).

La normativa jurídica, tanto legal como jurisprudencial, a - cuya exposición y comentario hemos dedicado el precedente subapartado, afecta predominantemente a las hipotecas legales y no a las equitativas.

El supuesto más común de hipoteca equitativa, antes de que - se promulgara la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, era el de las segundas hipotecas sobre un mismo inmueble. Pero, según hemos visto, segundas y posteriores hipotecas pueden constituirse, en - la actualidad, mediante arrendamiento real de larga duración o - afección en pago con fuerza de hipoteca, que otorgan al prestador un derecho real de carácter legal. Hay, no obstante, en la actualidad, varias formas posibles de hipoteca equitativa.

3.1.3.1. Precontrato hipotecario (agreement to create a legal mortgage).

La filosofía que subyace en la Equidad es la de que se haga o cumpla aquello que, con arreglo a criterios de justicia y no puramente legales, debería ser hecho (v. 2. cap. II).

Por lo tanto, si A se compromete, en base a una determinada cantidad de dinero recibida, a otorgar una escritura de hipoteca - solemne en favor de B, por el simple hecho de este compromiso, se crea una hipoteca equitativa en favor de B. Este, puede exigir la constitución de la pertinente hipoteca legal ejercitando su derecho equitativo para el específico cumplimiento (specific performance) de lo pactado (Telb v. Hodge, 1869). Sin embargo, un pacto de esta naturaleza no surte el efecto indicado si el dinero no ha sido realmente entregado de forma simultánea o con anterioridad, previo acuerdo de no demandar inmediatamente, en este caso (Alliance Bank v. Broom, 1864; Fullerton v. Provincial Bank of Ireland, 1903), en virtud de un contrato de préstamo, solemne (under seal) o no solemne. Ausentes estos requisitos, la constitución de la hipoteca - no puede ser exigida por ninguna de las partes (Sichel v. Mosenthal 1862). En tal supuesto, el único remedio ejercitable es la acción indemnizatoria.

El precontrato para la constitución de una hipoteca legal puede incluir pactos, que incluso pueden considerarse implícitos, otorgando al acreedor o instituyéndole fiduciario de la pertenencia del deudor, a fin de promover su venta o para adjudicársela a sí mismo en pago (decomiso), en condiciones y circunstancias también pactadas. Por este camino cabe alcanzar, asimismo, su ejecutividad directa. Sin necesidad de tales pactos expresos, el acreedor puede promover judicialmente la venta de la garantía y promover el nombramiento de un depositario o administrador de la misma.

Considerando que la hipoteca es un derecho real inmobiliario, dentro del concepto que para ellos establece el artículo (section) 40 de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, el pacto o precontrato hipotecario carece de fuerza vinculante a menos que se acredite su existencia por escrito, firmado por las partes o por al -- guien que les represente legítimamente o exista nota o memorandum suficiente (Fenwick v. Potts, 1856; Warner v. Willington, 1856; Liverpool Borough Bank v. Eccles, 1859; Fullerton v. Provincial Bank of Ireland, 1903; Astor Properties, Ltd. v. Tunbridge Wells Firendly Society, 1936), suscrito por la persona que asume el compromiso de constituir la carga o por su representante legítimo, o está apoyado en acto de específico cumplimiento (Re Leathes, 1833). El pago de determinada cantidad de dinero, realizado equivocadamente, -- no es acto de suficiente cumplimiento (Re Whitting, 1879). Cuanto quí estamos diciendo no es más que una aplicación al precontrato -- de hipoteca de la doctrina general del precontrato, expuesta en el subapartado 1.1. de la parte IV del capítulo III. El pacto o pre -- contrato hipotecario ha de ser de carácter oneroso. Si la causa -- del pacto o precontrato es gratuita, carece de fuerza vinculante -- de cara a la constitución de la carga hipotecaria.

El resultado favorable de una demanda interpuesta por B (se -- gún el ejemplo manejado al principio) es la obtención a su favor -- de la titularidad de un arrendamiento real por plazo de tres mil -- años, quedando abierta la posibilidad de un eventual ejercicio de cuantas facultades asisten a un acreedor hipotecario legal.

Asimismo, una hipoteca legal imperfecta, derivada, por ejem -- plo, de que A pretenda crear una hipoteca legal por escrito, sin -- las solemnidades pertinentes (v. 1.2., parte IV, cap. III), puede ser tratada en términos de Equidad como si fuera un pacto o preconttrato para crear una hipoteca legal con efectos similares a los ya expuestos.

3.1.3.2. Depósito de las escrituras solemnes de propiedad (deposit of title deeds).

A pesar de que la hipoteca es un derecho real inmobiliaria y, por ello, sin fuerza vinculante en ausencia de un memorandum escrito o de actos de una parte suficientes para el cumplimiento del precontrato ("written memorandum or act of part performance"; v. 1.1.2., parte IV, cap. III), está establecido, desde el caso "Russel v. Russel", en 1783, que se constituye una hipoteca equitativa mediante la entrega al prestador de las escrituras solemnes - conteniendo los títulos de la propiedad inmueble del prestatario, supuesto que exista el propósito de que la finca o fincas correspondientes sirvan de garantía de pago de la deuda.

En supuesto tan particular, el memorandum no es imprescindible por cuanto el depósito de los títulos cumple la función de un acto de suficiente cumplimiento (Bank of New South Wales v. O'Connor, 1889) y es interpretado, además, como un pacto o compromiso - para la solemnización de una hipoteca legal (Carter v. Wake, 1877; Burgess v. Moxon, 1856).

En la práctica, el depósito suele ir acompañado de una manifestación o memorandum solemne (under seal) del prestatario, proporcionando así al acreedor hipotecario las facultades que le otorga el artículo (section) 101 de la Ley del Derecho de Propiedad, - como, por ejemplo, la de promover judicialmente la venta de la garantía y la de promover la designación de un administrador de la misma (receiver).

Cuando el depósito está respaldado por el memorandum, éste, - usualmente, contiene una clausula de compromiso para constituir - una hipoteca legal, si bien, como antes decíamos, un acreedor hipotecario, cuyo título tenga su origen exclusivamente en el depósito de las escrituras, o con memorandum que carezca de dicha clausula, está facultado para exigir la constitución de una hipoteca legal,

a menos que tal derecho se haya excluido expresamente (Büch v. - Ellames and Gorst, 1794; Parker v. Housefield, 1834). Asimismo, el memorandum puede contener un apoderamiento (power of attorney), que a veces puede considerarse implícito, para la creación de la indicada hipoteca legal o facultar al acreedor hipotecario para que, a los fines de la garantía y en relación con la pertenencia legal, venda ésta directamente o se la adjudique a sí mismo. Con el mismo propósito, a veces, se constituye un fideicomiso a fa - vor del acreedor.

Si falta el memorandum, nota o declaración escrita, el cumplimiento de la obligación garantizada no puede, "prima facie", ser exigido judicialmente, sin que previamente se reclame su ele vación a escritura solemne.

La jurisprudencia ha reconocido ampliamente que el depósito documental entraña consentimiento para la constitución de la hipoteca, y también opera como acto de suficiente cumplimiento de di cho compromiso. El depósito efectivo de los títulos escritos, - esencial en todo caso, no es, por sí solo, suficiente. Se ha de suministrar evidencia verbal o escrita de que el depósito se cons tituyó con fines de garantía (Dixon v. Muckleston, 1872). Por - ejemplo, el depósito típico de títulos de propiedad realizado, - sin otro fin que el de su custodia material, por los clientes de un Banco, en sus oficinas, no equivale a la constitución de una hipoteca equitativa, en el supuesto de que en la cuenta del depo sita nte se produzca un descubierto (overdraft).

La hipoteca puede ser válida si sólo se depositan algunos o uno de los documentos en que materialmente se contiene el título de propiedad inmobiliario (Re Daintry, 1863; Lacon v. Allen, - 1856), a pesar de que, con ello, no quede plenamente acreditado

el derecho del deudor depositante a la propiedad objeto de la garantía (Roberts v. Croft, 1857). Se deriva de esta eventual disgregación documental que si parte de la titulación escrita es depositada en una persona y parte en otra, cada uno de los depositarios puede ostentar una garantía válida (Roberts v. Croft, supra) - sobre el predio, salvo que pueda demostrarse intención en contrario (Re Price, 1820). El supuesto de disgregación documental es factible si las diversas cuotas de copropiedad son adquiridas por su dueño en momentos diversos, disponiendo, por tanto, de pluralidad de títulos escritos sobre una misma finca. Una hipoteca equitativa puede constituirse mediante el depósito del recibo del precio de la compraventa, si el depositante carece de la posesión de la escritura solemne de compraventa o de los títulos del vendedor (Goodwin v. Waghorn, 1835), y hasta con un simple plano o mapa de la finca en cuestión (Simmons v. Montagne, 1909), pero se ha estimado insuficiente, a tal fin, el depósito de la copia simple de una escritura solemne (Re Bonow, Ex parte Broadbent, 1834).

La hipoteca equitativa constituida mediante el depósito de títulos escritos afecta, "prima facie", a la totalidad del derecho del deudor sobre la propiedad íntegramente comprendida en los documentos depositados (Ashton v. Dalton, 1846), incluyendo eventuales accesiones (accretions) (Re Baker, 1840; Re New, 1841; Chisum v. Dewes, 1828). Lo dicho es válido, naturalmente, si no media pacto u otra evidencia limitativos de la garantía (Re Amner 1840; Re Medley, 1840), tanto de la propiedad que en particular constituya su objeto (Re Leathes, 1833; Wylde v. Radford, 1863) - como de la proporción en que el derecho del deudor sobre el predio quede afecto a ella (Pryce v. Bury, 1853).

3.1.3.3. Hipoteca de derechos equitativos (mortgage of equitable interests).

Las hipotecas de derechos de naturaleza equitativa, como los

derechos reales limitadamente heredables (entailed interests), - los del titular vitalicio de la pertenencia en una vinculación - estricta (life interest arising under a strict settlement) o los nacidos de un precontrato para la constitución de un arrendamiento real (agreement for a lease) (Rust v. Goodale, 1957) son, por su propio carácter, necesariamente equitativas. El procedimiento para su constitución es análogo al empleado antes de 1926 en el caso de la hipoteca legal de la pertenencia plena: a saber, el - derecho equitativo en cuestión se transmite, en su plenitud, al acreedor hipotecario, transmisión que se subordina a un pacto de retro en favor del constituyente de la garantía, para el caso de extinción de la deuda y correlativa cancelación de la carga.

La cesión del derecho equitativo, constitutiva de la hipoteca de igual clase, debe hacerse en testamento, o por escrito firmado por el deudor hipotecario o por su representante legal en - virtud de apoderamiento escrito. El acreedor hipotecario, con objeto de tener adecuada protección de su derecho, debe notificarlo por escrito al titular de la pertenencia plena.

3.1.3.4. Afecciones en pago con fuerza de hipotecas equitativas (equitable charges).

Otra modalidad de garantía real, de naturaleza equitativa, es la afección en pago con fuerza de hipoteca equitativa, que - tiene el carácter de una carga equitativa de carácter general a los efectos de su constancia en el Registro Central de Cargas - Inmobiliarias (v. 4.1., parte IV, cap. III). Existen tales hipotecas cuando sin que se transmita ni siquiera se pacte la transmisión de una pertenencia legal inmobiliaria, ésta se destina al pago de una deuda u otra obligación, con efectos meramente equitativos. No hay, sin embargo, e insistimos en ello, ningún cambio de titularidad pertenencial ni en el ámbito del Derecho co -

mún ni en el de la Equidad (London County and Westminster Bank - Ltd. v. Tompkins, 1918; Matthens v. Goodday, 1861). Así, si una persona otorga un contrato no solemne afectando su propiedad inmobiliaria al pago de determinada suma en favor de un tercero, la afección en pago con valor de hipoteca equitativa queda instrumentada. Lo mismo ocurre cuando el otorgar un testamento o constituir una vinculación estricta, se afectan inmuebles a la satisfacción de sumas dinerarias (Re Owen, 1894). Finalmente, un precontrato que obligue a la constitución de una afección en pago con valor de hipoteca legal, crea una afección de carácter equitativo (Bolton v. Buckenham, 1891).

En todo caso, estas afecciones en pago con fuerza de hipotecas equitativas conceden facultad para acudir a los Tribunales en demanda de una orden de venta de la garantía y la de promover el nombramiento de un depositario de la misma.

3.1.4. Custodia de los títulos de propiedad como respaldo de la garantía real en las hipotecas legales no inscritas.

Un acreedor hipotecario cuyo derecho tenga el rango de primera hipoteca, constituida sobre pertenencia plena, tiene facultad legal a la posesión de los títulos dominicales de su garantía, en la misma medida que si se le hubiera transmitido la pertenencia plena. Si la hipoteca constituida con el rango de primera recae sobre una pertenencia menos plena o arrendamiento real, la facultad posesoria sobre los documentos que contienen el título del derecho hipotecado, es similar a la del cesionario del arrendamiento. La omisión del ejercicio de esta facultad constituye un grave peligro para el acreedor hipotecario, ya que da oportunidad al deudor para constituir otra carga hipotecaria provocando la posposición de la primera en favor de la segunda. Tan pronto como, de acuerdo con lo pactado, la facultad legal de ven

ta (the statutory power of sale) sea ejercitable, el acreedor - hipotecario supuesto que en ese momento no ostente la posesión de los títulos de la garantía por haberla obtenido al pactar la hipoteca- puede exigir su entrega a cualquier persona que los - tenga en su poder, excepto a quien sea titular de un derecho - preferente (una primera hipoteca) sobre la finca.

Un acreedor hipotecario cuya garantía sea el derecho del - titular vitalicio de la pertenencia plena, no está facultado para obtener la posesión de los títulos de la pertenencia sujeta a una vinculación estricta (v. 1, parte II, cap. III), a menos que su hipoteca comprenda, además del derecho real vitalicio, - el derecho futuro remanente o expectante que le sirva de complemento. Tiene, sin embargo, facultad para solicitar del titular vitalicio, deudor, copia de dichos documentos.

Un acreedor hipotecario equitativo, no tiene facultad para poseer las escrituras de propiedad, salvo pacto expreso reflejado en el contrato hipotecario. Ahora bien, si ostenta efectivamente dicha posesión, puede retenerla hasta la amortización de la deuda o hasta que se le ofrezca el pago incondicional de la misma (Re Molton Finance, Ltd., 1968).

En lo concerniente a la exhibición de las escrituras solemnes en poder del acreedor hipotecario, la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 establece que el deudor, en tanto subsista su facultad para cancelar la carga, tiene derecho, de vez en cuando y en tiempo oportuno, a pedir, a su costa, copias, extractos o sumarios ("abstracts"; v. 1.2., parte IV, cap. III) del título de la propiedad hipotecada custodiados por el acreedor hipotecario o a inspeccionar dichos documentos (Fenwick v. Reed, - 1816; Rogers v. Rogers, 1842; Palmer v. Wright, 1846). Este precepto es de Derecho necesario; no admite pacto en contrario.

Si se ejercita una acción para la venta de la garantía (action for sale) por un acreedor hipotecario posterior, el acreedor de rango preferente no puede ser obligado a depositar los títulos ante el Tribunal que conozca del procedimiento, si está dispuesto a exhibirlos y a permitir que se obtengan copias (Armstrong v. Dixon, 1911).

La obligación de mostrar los títulos que tiene el acreedor hipotecario, es correlativa al derecho a pedir su exhibición que tiene no sólo el deudor, sino de cualquier persona que traiga causa del mismo o que, de acuerdo con su derecho sobre la propiedad inmueble hipotecada, esté facultado a cancelar la carga en un momento determinado. El acreedor cuya garantía sea el derecho del titular vitalicio de la pertenencia, si adquiere la posesión de las escrituras solemnes de la propiedad, está obligado a exhibirlos al titular del derecho futuro conferido (vested), pero no al meramente eventual (contingent) (v. 5.1., parte II, cap. III) (Noel v. Ward, 1816; Pennell v. Earl of Dysart, 1859).

3.1.5. Concurrencia de hipotecas de distinta clase sobre una misma finca.

Abarcando en una mirada de conjunto las diferentes clases de hipotecas, necesitamos partir de la distinción entre las de carácter equitativo y las de carácter legal, y tener presente que un mismo predio puede estar gravado, simultáneamente, por varias hipotecas de una u otra clase. Por ejemplo, el titular de la pertenencia plena de una finca puede haberla gravado con diversas hipotecas con arreglo al siguiente orden:

- Un arrendamiento real de 500 años en favor de A.
- Un arrendamiento real de 500 años y un día en favor de B.
- Una declaración escrita afectando (charging) el inmueble

en favor de C.

- Un arrendamiento real de 500 años y dos días en favor de D.

El primer acreedor hipotecario, A, puede exigir, y así suele hacerlo, que se le entreguen las escrituras solemnes de las que - dimana el título dominical del constituyente de la hipoteca. Este es uno de los medios de advertir, a eventuales segundos acreedores hipotecarios, sobre la existencia de una primera hipoteca. Como veremos en otro lugar (v. 8, más adelante), si se renuncia, expresa o tácitamente, al ejercicio de esta facultad, se corren graves riesgos. Pero en el supuesto normal de que A obtenga la custodia de las escrituras, B y D, quedan como titulares de una hipoteca "menor" (puisne mortgage) (v. 4.1.1.1., cap. III, parte IV), - llamada así porque aún habiendo adquirido la titularidad de pertenencias legales con finalidad de aseguramiento de un crédito, quedan privados de la posesión de las escrituras. De otra parte, el derecho de garantía real de C es una carga equitativa de carácter general (general equitable charge) o afección en pago con fuerza de hipoteca equitativa. La carga equitativa de carácter general - está legalmente definida en la Ley de Cargas Inmobiliarias de 1925 como "aquella que no está asegurada mediante el depósito de documentos relativos a la pertenencia legal afectada y que no nace ni afecta a un derecho real surgido de un fideicomiso para venta o una vinculación y sin estar incluida, tampoco, en ninguna - otra clase de carga inmobiliaria específica". La definición legal, negativa en todos sus términos, no constituye precisamente un apoyo muy firme para determinar, con un mínimo de exactitud, el concepto de esta modalidad de derecho de garantía real. La incapacidad -o quizá, simplemente, el desdén- de los autores ingleses por las construcciones jurídicas más o menos abstractas, no constituye patrimonio exclusivo de los mismos; es una "cualidad" que también "brilla" en los textos legales. La carga equitativa es, en suma, la afección de un inmueble al pago de una deuda.

3.1.6. Inscripción registral de hipotecas sobre fincas no inscritas.

Según ya tenemos estudiado (v. 4.1.1, parte IV, cap. III), la Ley de Cargas Inmobiliarias (Land Charges Act) de 1972, contiene provisiones sobre la inscripción, en el Registro Central de Cargas Inmobiliarias, de determinadas hipotecas legales y equitativas.

A tal fin procede distinguir, dentro de las hipotecas y afecciones en pago con fuerza de tales, según que estén o no protegidas mediante el depósito de las escrituras de la propiedad hipotecada. Puede producirse una sucesión de hipotecas legales -según hemos visto antes-, siendo cada uno de los acreedores hipotecarios titular de un arrendamiento real y, como ya hemos dicho, será el primero de ellos el que, por lo común, tenga la posesión de las escrituras. En este supuesto, se produce la figura de la hipoteca menor o segunda hipoteca legal, a la que hemos aludido en el subapartado anterior, y que la Ley de Cargas Inmobiliarias define como "una hipoteca legal no asegurada por el depósito de los documentos o títulos dominicales de la pertenencia afectada". Para que se entienda que la hipoteca legal está asegurada o protegida mediante el indicado depósito, es preciso que todos los documentos -y no sólo una parte- en que se plasma el título dominical del hipotecante, estén en manos del acreedor hipotecario.

Como corolario de estas consideraciones, podemos agrupar los derechos reales de garantía, a los efectos de la inscripción registral que nos ocupa, en estas cuatro clases:

- 1º.- Hipotecas legales seguidas del depósito de las escrituras de propiedad.
- 2º.- Hipotecas menores o hipotecas legales no seguidas de dicho depósito.

3º.- Hipotecas equitativas unidas al depósito de las escrituras de propiedad.

4º.- Hipotecas equitativas no seguidas de dicho depósito.

Los derechos reales de garantía enumerados en primer y tercer lugar no requieren ser inscritos en el Registro de Cargas Inmobiliarias. Se ha sugerido que las hipotecas comprendidas en dicho tercer apartado podrían inscribirse como precontratos sobre pertenencias legales ("estate contracts", v. 4.1.1., cap. III, parte IV); desde luego, no pueden inscribirse como hipotecas equitativas, puesto que están expresamente excluidas del apartado III de la clase C, exclusión que no está expresamente formulada respecto al apartado IV de la misma clase, que se refiere a los indicados precontratos. De todos modos, la opinión más segura parece ser la de la exclusión puesto que si se admitiera su inscripción como precontratos, se iría contra una de las finalidades inspiradoras de la legislación de 1925, cual es la de eximir a todas las hipotecas protegidas por el depósito de las escrituras de su constancia en el Registro de Cargas Inmobiliarias. En la práctica jurídica no se suele solicitar su inscripción como precontrato sobre pertenencia legal, a menos que exista pacto expreso para su elevación al rango de hipoteca legal.

Por su parte, los derechos reales de garantía enunciados en 2ª y 4ª posición, han de ser inscritos como cargas inmobiliarias en los apartados I de la clase C (puisque mortgages) y III de la misma clase (general equitable charge), respectivamente.

Las hipotecas legales y equitativas que graven los inmuebles, tanto inscritos como no inscritos en el Registro de títulos, de una sociedad, deben inscribirse en el Registro de Sociedades (Companies Register) (v. 4.1.3, parte IV, cap. III).

3.2. Hipoteca de fincas registradas (mortgages of registered land).

Las hipotecas cuyo objeto sean fincas inscritas, pueden constituirse con sujeción a alguna de estas modalidades: hipoteca pactada con anterioridad a la inmatriculación de la finca e hipoteca - no inscrita de finca inmatriculada (mortgage on first registration and unregistered mortgage); afección hipotecaria inscrita (registered mortgage) y depósito del certificado de la inscripción inmobiliaria o del certificado de inscripción hipotecaria (land or charge certificate).

3.2.1. Hipoteca previa a la inmatriculación e hipoteca imperfecta de fincas registradas (mortgage on first registration and unregistered mortgage).

La ejecución de un contrato inmobiliario trasmisorio (compraventa, constitución de un arrendamiento real, traspaso o cesión de éste) pone en marcha el mecanismo de inmatriculación de la finca - en las zonas de inscripción obligatoria. El comprador, arrendatario o cesionario deben solicitarla en el plazo de dos meses (v. 4.2.2., parte IV, cap. III). Si, como suele ocurrir con frecuencia, el contrato inmobiliario va unido a un préstamo o aplazamiento del pago del precio, con garantía hipotecaria, el acreedor (vendedor, constituyente o transmitente) puede solicitar la inscripción primera o inmatriculación de la finca objeto de su garantía. Es esta la práctica más frecuentemente seguida, por cuanto no satisface al - acreedor deshacerse de las escrituras o título de dominio de la - finca hipotecada para que el deudor, con el respaldo de dichos documentos, solicite la inmatriculación del predio, habida cuenta, - además, de que sin la previa inscripción de la pertenencia, la hipoteca no puede tener acceso al Registro. Practicada la correspondiente inscripción, el certificado de la inscripción hipotecaria ("the charge certificate"), que cumple, respecto al acreedor hipotecario, una función similar a la que el "land certificate", o certificado de inscripción inmobiliaria, desempeña en relación con el titular

de la pertenencia inscrita (v. 4.2.1., cap. IV, parte III), se entrega a dicho acreedor, junto con las escrituras que se acompañaron a fin de practicar la pertinente inmatriculación.

Asimismo, las personas que tienen la obligación legal de solicitar la inmatriculación o primera inscripción de la finca, y - del título de la pertenencia existente sobre ella (comprador, - arrendatario o cesionario), pueden crear un derecho de retención (lien) a favor de otra persona, equivalente al que puede ser constituido, como veremos más adelante (v. 3.2.3. del presente capítulo), mediante el depósito del certificado de inscripción inmobiliaria (Land Certificate); ello es factible a través de una notificación de depósito futuro (Notice of Intended Deposit) del referido certificado, dirigida al Registrador. Su acceso registral opera - como una oposición cautelar (caution) (v. 4.2.8., parte IV, cap. III). Practicada la inmatriculación, el certificado de inscripción inmobiliaria se entrega a la persona designada en la notificación como beneficiaria de la garantía.

Si, con anterioridad a la inmatriculación del predio, exis - ten dos o más cargas hipotecarias, su respectivo rango no resulta afectado por la inscripción de sólo alguna de ellas o porque se - inscriban en orden distinto al del rango que previamente ostenta - ban.

La constitución de hipotecas equitativas de fincas inmatricu - ladas, supone la creación de derechos menores, que, como es lógi - co, surten efecto solamente en Equidad, siendo, por lo tanto, vul - nerables por actos dispositivos del titular de la pertenencia - hipotecada, a menos que se protejan mediante una oposición caute - lar (caution).

Las segundas hipotecas de inmuebles inscritos (puisque mortga - ges), supuesto que la primera carga hipotecaria haya sido inscri -

ta -lo que lleva aparejado el depósito en el Registro del certificado de inscripción inmobiliaria (Land Certificate), como veremos enseguida-, pueden ser también inscritas expidiéndose un segundo certificado de inscripción hipotecaria (charge certificate). Su puesto que la primera hipoteca se haya constituido mediante depósito del certificado inmobiliaria (v. 3.2.3., siguiente), al estar este documento en posesión del depositario, no es posible que el segundo acreedor hipotecario lo presente en el Registro, por lo que únicamente puede alcanzar la protección que brinda una anotación (notice) u oposición cautelar (caution). La anotación del depósito a través del cual se constituye la primera hipoteca, confiere prioridad a ésta. Si se omite el cumplimiento de esta cautela protectora por parte del primer acreedor hipotecario, y se le anticipa el segundo en practicar la anotación del derecho, parece lógico interpretar, aunque no haya fundamento legal concluyente para ello, que el orden de prioridades se invierte, aún cuando el segundo acreedor tuviese conocimiento de la existencia de la primera hipoteca.

3.2.2. Afecciones hipotecarias inscritas (registered charges).

Una afección hipotecaria inscrita es un derecho real hipotecario, de carácter legal, cuyo vehículo constitutivo ha de ser, necesariamente, una escritura pública. Dentro de esta rúbrica, de valor general, puede acudirse a la modalidad de afección en pago con fuerza de hipoteca (charge by way of legal mortgage), o del arrendamiento o subarrendamiento expresos, según que, en este último caso, el derecho del constituyente sea la pertenencia plena o la menos plena. Salvo expresa disposición o pacto en contrario, es decir, con valor de presunción "iuris tantum", se entiende constituida como afección en pago con fuerza de hipoteca. Las afecciones en pago equitativas (equitable charge) no son inscribi

bles al amparo de esta rúbrica (Re White Rose Cottage, 1965).

Por razón de la presunción "iuris tantum" antes indicada, para la constitución de una afección en pago de carácter legal sobre propiedad inscrita, no es preciso utilizar, expresamente, en el documento constitutivo, la locución "con fuerza de hipoteca legal" (by way of legal mortgage) (Cityland and Property (Holdings), Ltd. v. Dabrah, 1968). La finca debe ser descrita en concordancia con el Registro, o de cualquier otro modo que permita identificarla sin que sea preciso hacerlo con referencia a otro documento. Asimismo, el título constitutivo debe evitar referirse a otra carga hipotecaria (charge) que, afectando al mismo inmueble, tuviera prioridad sobre la finca en cuestión, sin estar registrada ni protegida de algún modo por el Registro y sin que tampoco sea un derecho dominante ("overriding interests"; v. 4.2.7., cap. IV, parte III). La constitución de la carga hipotecaria queda perfeccionada mediante la inscripción que de la titularidad de la misma, a nombre del acreedor hipotecario, realiza el Registrador. Una pertenencia legal en favor de aquél no surge hasta que la inscripción registral queda perfeccionada (Grace Rymer Investments, Ltd. v. Waite, 1958). Se expide, entonces, un certificado de inscripción hipotecaria (charge certificate) a nombre del acreedor titular del derecho, quedando el certificado de inscripción inmobiliaria (land certificate) depositado en el Registro hasta la cancelación de la carga.

La prioridad de las cargas hipotecarias registralemente inscritas se establece acorde con el orden de acceso de las mismas al Registro, y no de conformidad con la fecha de otorgamiento de las respectivas escrituras solemnes, salvo que de un asiento registral previo o de un pacto expreso, común a todos los interesados, resulte lo contrario.

3.2.3. Depósito del certificado inmobiliario o hipotecario (deposit of land or charge certificate).

El titular o dueño de una finca inscrita, o el titular de una afección hipotecaria, asimismo inscrita, pueden constituir un derecho de retención (lien) mediante el depósito de sus respectivos certificados: certificado de inscripción inmobiliaria o de inscripción hipotecaria (land or charge certificate).

El derecho de retención es similar a una hipoteca constituida mediante el depósito de las escrituras solemnes del dominio de fincas no inscritas y produce efecto subordinado a cualquier eventual derecho dominante ("overriding interests"; v. 4.2.7, cap. III, parte IV), y a los derechos reales inscritos o en fase de inscripción al constituirse la carga. El acreedor hipotecario en virtud de depósito debe notificar éste, por escrito, al Registrador, el cual dejará constancia escrita de su existencia en el apartado correspondiente a inscripción de cargas ("the charges register"; v. 4.2.1., parte IV, cap. III), anotación que operará como una oposición cautelar (caution) frente a terceros. Si el depositante es un cesionario o adquirente del derecho que sirve de garantía, el certificado debe enviarse en primer lugar al Registro para que la transferencia sea inscrita antes de que se efectue el depósito. En este caso, una notificación de depósito futuro (intended deposit), que opera como una oposición cautelar, puede ser dada también por el depositante.

La notificación de los depósitos es un sistema de garantía real, de uso frecuente, singularmente por los Bancos. Proporciona protección en un doble aspecto: para el depositario, por cuanto estando en posesión del certificado inmobiliario se halla en condiciones de evitar cualquier actuación para la que se precise su manejo y, porque la notificación produce los peculiares efec-

tos de la oposición cautelar ("caution"; v. 4.2.8, cap. III, parte IV) (Re White Cottage, 1965; Parkash v. Irani Finance, Ltd. - 1969); y, para los potenciales compradores de la pertenencia hipotecada puesto que, consultando el Registro, tienen oportunidad de conocer la existencia del derecho adquirido por el depositario.

El depósito debe ir acompañado de un memorandum solemne (under seal) o escritura pública, igualmente solemne, en cuya virtud se faculta al depositario para promover la venta de la propiedad hipotecada. El memorandum o escritura ha de ir acompañado de un apoderamiento (power of attorney) con facultad para constituir una carga hipotecaria inscribible. Se ofrece al acreedor, - en suma, la posibilidad alternativa de perfeccionar la garantía, elevándola al rango de carga hipotecaria inscrita, para poner en marcha, después, los medios de defensa que la misma proporciona, o promover directamente una venta de la garantía previa una orden judicial, sin la que un simple depositario no puede hacer efectivo su derecho.

3.3. El objeto y la extensión objetiva de la hipoteca (the extent of the security).

La exposición contenida en los precedentes subapartados sobre modalidades formales de hipoteca nos permite obtener ciertas conclusiones válidas como punto de partida para el tema cuyo estudio ahora abordamos.

Ambas modalidades de pertenencias legales inmobiliarias - (las plenas y las menos plenas) son hipotecables, incluso simultáneamente sobre un mismo inmueble. También son susceptibles de constituir el objeto de una garantía real los derechos inmobiliarios de naturaleza equitativa: derechos del titular vitalicio y,

en general, de los beneficiarios de una vinculación estricta o de un fideicomiso para venta y los nacidos de un precontrato para la constitución de un arrendamiento real.

Una hipoteca legal inmobiliaria, tanto de la pertenencia plena como de la menos plena o arrendamiento real (Meux v. Jacobs, - 1875; Southport and West Lancashire Banking Co. v. Thompson, 1887), comprende los inmuebles por incorporación o destino ("fixtures"; - v. 5., cap. I), tanto si su incorporación es anterior a la constitución de la carga como si se efectúa, por obra del deudor, con posterioridad a su nacimiento (Walmsley v. Milne, 1859; Tottenham v. Swansea Zinc Ore Co., 1885) y, en todo caso, salvo pacto en contrario. Esta regla jurídica es igualmente aplicable a las hipotecas equitativas (Longbottom v. Berry, 1869; Lusty v. Official Receiver, 1889).

Todo cuanto en virtud de accesión (accretions), debida a actos del deudor hipotecario, suponga un aumento del valor de la propiedad hipotecada, constituye un incremento de la garantía, tanto si se trata de primeras como de segundas o ulteriores hipotecas - (Maxwell v. Ashe, 1752; Landowners West of England and South Wales Land Drainage and Inclosure Co. v. Ashford, 1880).

En proximidad conceptual con este supuesto hay que referirse al de propiedad de apartamentos o de viviendas unifamiliares en régimen de comunidad (v. 6.4., parte III, cap. III). La hipoteca de fincas en tal situación abarca también la de la acción de la sociedad, el beneficio del fideicomiso o los derechos dimanantes de los pactos inmobiliarios, según sea el régimen de administración y disposición de los elementos comunes.

El principio de subrogación real afecta a la garantía hipotecaria en un amplio conjunto de supuestos cuyo denominador común - consiste en que el deudor hipotecario adquiere un derecho en susti

tución del inicialmente hipotecado. Veamos algunos ejemplos.

Supuesta una hipoteca o afección en pago con fuerza de tal - cuyo objeto sea un arrendamiento real, si el deudor, por el proce-
dimiento que sea, obtiene un nuevo arrendamiento real sobre el -
mismo inmueble y la deuda continúa sin amortizarse, el acreedor -
se beneficia del nuevo arrendamiento como respaldo o garantía -
real de su derecho a ser resarcido de todos los pagos legítimos -
por razón del préstamo (Moody v. Matthews, 1802; Hughes v. Howard,
1858; Sims v. Helling, 1851; Leigh v. Burnett, 1885; Re Hill Po-
ttery Co., 1886).

De otra parte, aunque sea el acreedor hipotecario el que con-
siga la renovación del arrendamiento -quizá contratando con el -
arrendador- el deudor también se beneficia de la renovación, aún
después que extinga la deuda, por cuanto el arrendamiento renova-
do procede de la misma raíz que el que sirvió de garantía (Rakes-
tran v. Brewer, 1729; Leigh v. Burnett, supra; Biss v. Biss, 1903).

Supuesto que una pertenencia menos plena o arrendamiento real
se transforme en pertenencia plena ("enlargement"; v. 1.6.6., par-
te III, cap. III), la lógica aplicación del principio de subroga-
ción real es causa de que las cargas que gravasen aquélla, entre
ellas las de carácter hipotecario, continúen gravando a la perte-
nencia "ampliada".

El prestigio o buen nombre comercial (goodwill) inherente a
la actividad mercantil o profesional desarrollada en el inmueble
hipotecado e inseparablemente conectada con él, así como la indem-
nización específica a que se tiene derecho, por razón de dicho va-
lor comercial, cuando la propiedad es objeto de expropiación, van
unidos a la garantía (Chissum v. Dewes, 1828; King v. Midland -
Rail Co., 1868; Re Kitchin, 1880), a menos que el buen nombre o -

prestigio comercial sea cualidad personalísima del deudor (Cooper v. Metropolitan Board of Works, 1883), o quede excluido del objeto de la garantía a través de pacto expreso (Whitley v. Challis, 1892).

En virtud de disposición legal expresa, el acreedor hipotecario, cuando el predio hipotecado es objeto de expropiación forzosa (compulsory acquisition), tiene derecho a que el precio de la misma se constituya en el objeto de su garantía (Town and Country Planning Act, 1962). La indemnización que sea procedente abonar - por la revocación de la licencia administrativa para el funcionamiento de un bar hipotecado, pertenece al acreedor como parte de la garantía de su derecho (Law Guarantee and Trust Society, Ltd. v. Mitcham and Cheam Brewery Co., Ltd., 1906).

Otros beneficios relativos al predio hipotecado, como las servidumbres de uso y buen número de las de disfrute (v. 3, parte III, cap. III) inherentes al mismo, cuyo ejercicio sea inseparable de la titularidad del predio, permanecen unidas a él en cuanto objeto de la garantía.

Los inmuebles incorporeales y heredables o inmuebles por analogía (incorporeal hereditaments) (v. 5., cap. I), entre los que se cuentan los derechos reales sobre los antiguos señoríos ("manors"; v. 3.1.3., cap. II), rentas censales ("rentcharges"; v. 5, parte III, cap. III) y otras formas de propiedad, así como determinadas servidumbres de disfrute, con existencia independiente de la de un predio dominante, sin cuya concurrencia son perfectamente viables ("profits in gross"; v. 3.2.2., parte III, cap. III), pueden constituir el objeto de una hipoteca, salvo que esta posibilidad exté excluida en virtud de expresa disposición legal, como en el caso de los derechos de patronazgo o presentación para cubrir determinados beneficios eclesiásticos (advowsons).

3.4. Forma y principales estipulaciones de las escrituras solemnes de hipoteca.

Al igual que la escritura solemne de compra (v. 1.2.2.3., - parte IV, cap. III), y según resulta obligado con arreglo a la - más elemental lógica contractual, la escritura de hipoteca, en - las modalidades en que es necesaria para su constitución, va encabezada con la exposición de la naturaleza del contrato que con tiene ("this mortgage": esta hipoteca), su fecha y la identificaci ón de las partes intervinientes, con arreglo a sus respectivas posiciones contractuales de prestador y prestatario.

La comparecencia -o más exactamente, la declaración de presencia de los contratantes- va seguida de la parte expositiva en la que se hace constar que el prestatario es titular de la per tencia legal que se hipoteca, su estado de cargas, su descripci ón, contenida en documento anejo, y la decisión del prestador, que lleva a la práctica más adelante, de entregar cierta cantidad de dinero al prestatario, asegurando su devolución, así como el pago de los intereses, en la forma contenida en los pactos - que constituyen el núcleo del contrato.

Es habitual insertar en el contrato de préstamo hipotecario, como primera y principal estipulación, la del pago o devolución de la cantidad objeto del préstamo, incluidos los intereses, en una fecha fija, siendo el plazo usual el de seis meses a partir del día del otorgamiento. También se pacta el pago de intereses para después de la fecha de vencimiento y por todo el tiempo de duración de la garantía. La responsabilidad personal que, sin me noscabo de la garantía real, alcanza al deudor, puede ser excep cionada en ciertos casos; tales son los supuestos en los que des empeñan la función de deudor hipotecario los administradores -eje cutores de la herencia (personal-representatives) o los fiduciarios (trustees). Asimismo, puede quedar plena y constitutivamente.

te excluida para el que grava su finca, como ocurre cuando alguien ofrece su propiedad en garantía del préstamo que se hace a un tercero (Re Midland Bank, Ltd's. Application, 1941). Si no se precisa la fecha de amortización, la deuda se satisfará a requerimiento - del acreedor, debiendo otorgarse al deudor un plazo razonable para la obtención del dinero que deba pagar (Dickenson v. Harrison, - 1817). Ni el requerimiento, ni el consiguiente plazo, son necesarios cuando la fecha se precisa con exactitud; al llegar la misma, si el prestatario incumple, el acreedor puede ejercitar, sin más - preámbulos, los medios de defensa que la ley le ofrece.

Es muy frecuente, en la actualidad, que el pago de la deuda - se pacte en forma de plazos o vencimientos periódicos (repayment - by instalments). Puede consistir este pacto en una adaptación de la modalidad de amortización a fecha fija, consistente en que si los plazos especificados en el contrato se satisfacen puntualmente, el acreedor hipotecario se compromete a no exigir el pago de ninguna otra manera e incluyendo la previsión de que el impago de cualquiera de ellos hace inmediatamente exigible la totalidad de lo adeudado, sistema que la jurisprudencia ha estimado válido y no asimilable a un pacto leonino (Sterne v. Beck, 1863; Wallingford v. Mutual Society, 1880; Cityland and Property (Holdings), Ltd. v. Dolvah, - 1968; De Borman v. Makkofaides, 1971).

La penalización con que, como es habitual en todas las latitudes, se incrementa el tipo de interés en caso de morosidad del deudor hipotecario en el cumplimiento de la obligación de pago, se rige por una norma firmemente establecida, aunque poco lógica. El mecanismo contractual que se ha de manejar para conseguir dicha finalidad, es el de pactar como normal un tipo de interés igual al que se desea percibir en caso de morosidad y prever su bonificación para el caso de pago puntual (Strode v. Parker, 1964). El sistema -- opuesto, aunque conduce a iguales resultados prácticos, es estimado como una cláusula penal que puede ser declarada inoperante en - términos de Equidad (Wallingford v. Mutual Society, supra).

No es la penalización por demora la única causa que permite la variación, de un modo o de otro, del tipo de interés pactado. Es muy frecuente, al menos en las hipotecas concertadas por las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies), que el acreedor hipotecario -es decir, la Asociación- se reserve la facultad de variar el tipo de interés, hasta cierto límite previamente fijado -al modo de una hipoteca de máximo-, estimándose inválido el pacto que no determina el tope o techo -de variación admisible. La indudable finalidad de esta estipulación es la de flexibilizar y agilizar el funcionamiento financiero de los contratos de préstamo hipotecario, a fin de mantener -el equilibrio entre el coste del pasivo depositado en dichas Entidades y el rendimiento obtenido con las inversiones efectuadas con sus recursos.

El tipo de interés máximo autorizado a los prestamistas profesionales -personas físicas o jurídicas cuyo negocio o actividad consista en prestar dinero- no ha de exceder del increíble -porcentaje del 48 anual, a partir del cual se estima que hay exceso. (Moneylenders Act., 1927, art. 10, I), salvo prueba en contrario, que corresponde al prestador. Además, los Tribunales pueden juzgar, en función de las circunstancias del caso, que determinado tipo de interés, aún siendo inferior al 48%, es excesivo y contrario al ordenamiento jurídico. Fuera de esto no hay restricción en cuanto al tipo de interés que puede ser pactado, estando permitido el interés compuesto, intereses de intereses o -pacto de anatocismo (Clarkson v. Henderson, 1880). Cuando las partes omiten la fijación del tipo de interés, los Tribunales -pueden hacerlo en su lugar (Re Drax, 1903; Mendl v. Smith, 1943).

Una de las clasificaciones posibles de las hipotecas legales y de las afecciones en pago con valor de tales, es aquella -

que las distingue según el sistema de amortización del capital - prestado. Así, la devolución del principal y el pago de los intereses puede hacerse mediante vencimientos periódicos y fijos en su cuantía (flat rate mortgages), comprensivos de ambos conceptos, cuya respectiva proporción va variando a medida que se suceden los plazos, creciendo la de capital comprendido en cada vencimiento y disminuyendo correlativamente la de interés. O bien - es posible que la amortización se haga satisfaciendo periódica - mente una cantidad fija de capital (fixed instalment mortgages), adicionada con el importe de sus intereses, de acuerdo con la - parte de principal que quede pendiente de amortización. El importe de los plazos varía, decreciendo a lo largo de la duración - del contrato. Asimismo, cabe que la devolución del principal del préstamo quede pospuesta para el final del término contractual, satisfaciéndose, entretanto, sólo los intereses pertinentes (en - dowment mortgages). Al final del periodo contractual se amortiza, de una sola vez, el principal del préstamo con el capital de una póliza de seguros contratada por el deudor hipotecario sobre su propia vida y por un periodo igual al de la hipoteca. Por último, la modalidad precedente puede construirse prescindiendo del seguro, con lo que, al final del periodo, el capital se amortiza in - tegramente por el prestatario, con sus propios recursos económi - cos (standing mortgages).

Una estipulación absolutamente esencial en la escritura de préstamo hipotecario es aquélla en la que el prestatario arrien - da -o subarrienda en su caso- la propiedad inmobiliaria que constituye el objeto de la garantía (demise of mortgaged property), por el portentoso plazo tipo, en el primer caso, de tres mil - años, contados a partir de la fecha del contrato. El arrendamiento -o subarrendamiento- se pacta con exoneración expresa por ra - zón de los daños producidos en el inmueble y que, en principio,

serían atribuibles al acreedor -arrendatario (without impeachment of waste). La cláusula se redacta de modo sustancialmente distinto cuando la garantía se constituye como afección en pago con fuerza de hipoteca legal, empleándose los términos apropiados al fin contractual perseguido.

A la cláusula de constitución de la garantía le sigue la de extinción de la pertenencia creada (proviso for cesser) si el pago o amortización de la deuda se efectúa en la fecha establecida. En el caso de afección en pago con fuerza de hipoteca legal, la estipulación consiste en que, al producirse el pago de la deuda, el acreedor hipotecario habrá de liberar el predio de la carga hipotecaria (the proviso for discharge). Este pacto, en cualquiera de sus dos modalidades, no es esencial al contrato ya que el pago produce la extinción automática de la carga, en cualquiera de sus formas, si bien ésto es discutible cuando se trata de afección en pago. Sin embargo, se hace constar en el texto del contrato, porque especificando una fecha para el pago, se fija un término para el ejercicio de la facultad correspondiente y, omitido el pago en la fecha fijada, se abre la oportunidad para la adquisición judicial de la finca hipotecada (foreclose).

Otros pactos posibles pueden concernir a determinadas obligaciones colaterales que suelen imponerse al deudor hipotecario: reparación del inmueble hipotecado, aseguramiento contra incendios, etc.... Sin perjuicio de ulteriores precisiones (v. 7.1.1., posterior) diremos que el deudor no tiene obligación legal de hacer reparaciones en la finca para su conservación, pero el acreedor está facultado a preservar el predio hipotecado de todo deterioro, tanto si está en posesión del deudor como de otra persona, y los gastos efectuados con tal fin son repercutibles en el deudor al practicar la liquidación de la deuda. Por ello, es frecuente el pacto imponiendo al deudor las obligaciones de conservar y la de reparar a requerimiento del acreedor y, en caso de incumplimiento,

permitiendo al acreedor tomar posesión del inmueble y efectuar - las reparaciones pertinentes, sin adquirir con ello las responsa**bi**lidades de un acreedor hipotecario poseedor, quedando garanti**z**ado el pago de los gastos efectuados con el predio objeto de la garantía. En cuanto al seguro, la Ley del Derecho de Propiedad - de 1925, dispone que, cuando la hipoteca se constituye en escri**tu**ra solemne -supuesto al que nos estamos refiriendo-, se otorga al acreedor, dentro de los términos de lo pactado, y asimismo a falta de pacto, la facultad de asegurar contra el fuego la finca hipotecada y la de adicionar el capital del préstamo con el im**po**rte de las primas del seguro satisfechas por él, incremento - que devenga el mismo interés y goza para el pago de la misma - prioridad que si se tratara de capital del préstamo. Ahora bien, el capital asegurado o riesgo cubierto no puede exceder de lo - pactado o, en ausencia de convenio, de las dos terceras partes - de lo que, en caso de destrucción total, se precisaría para re**co**nstruir la propiedad asegurada. En caso de siniestro, y sin - perjuicio de lo pactado, o de disposición legal en contrario (The Fires Prevention -Metropolis - Act, 1774 and Sinnott v. Bowden, 1912; Portaron Cinema Co., Ltd. v. Price and Century Insurance - Co., Ltd. 1939), al acreedor hipotecario se le ofrece, a su elec**ci**ón, la alternativa, de que el capital percibido de la Compañía aseguradora se emplee en la refacción del inmueble o en la cance**la**ción del préstamo. La facultad del deudor de percibir el capi**ta**l del seguro en beneficio del acreedor tiene prioridad sobre - cualquier orden de embargo o retención del dinero (garnishee or**de**r) (Sinnott v. Bowden, supra). No obstante las facultades de - carácter legal vigentes en la materia de seguros contra incen**di**os, lo prudente es perfilar y puntualizar contractualmente las obligaciones al respecto. Las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies) usualmente pactan ser - ellas las que contraten el seguro, en lugar de hacerlo los pres**ta**tarios, aunque sean éstos quienes en definitiva corran con el importe de las primas.

Cuando se vende una finca hipotecada, se acostumbra, si el acreedor hipotecario es una Asociación de Ahorro y Préstamo para la Vivienda (en adelante A.A.P.V.), no a practicar una simple subrogación del comprador en la posición contractual que el vendedor ostentaba por razón de la hipoteca, sino a novar el contrato, especialmente en cuanto al tipo de interés, actualizándolo, si no hubiere clausula en el primitivo contrato que permitiere tal actualización (United Dominions Corporation -Jamaica-, Ltd., v. Schoucair, 1969; Scottish and Newcastle Breweries, Ltd. v. Liquidator of Rathbourne Hotel Co., Ltd., 1970).

Otros pactos que aparecen, con mayor o menor frecuencia, en las escrituras de hipoteca, obligando al deudor, según las peculiaridades propias de cada caso, son los de observar las normas reglamentarias de las A.A.P.V., respetar los pactos limitativos de uso ("restrictive covenants"; v. 4.2.2.4., parte III cap. III) que afecten al inmueble hipotecado, prohibición de arrendar o traspasar sin autorización, no obtener nuevos préstamos ni imponer cargas adicionales al inmueble sin autorización. Las obligaciones impuestas al deudor hipotecario son exigibles a él y a sus sucesores por el acreedor y los suyos, puesto que la relación entre ambos es la misma que existe entre un arrendador y un arrendatario real (Regent Oil Col, Ltd. v. J.A. Gregory -Hatch End- Ltd., 1966).

4. CAPACIDAD Y ESPECIALIDADES SUBJETIVAS HIPOTECARIAS.

- o - o - o -

* La doctrina inglesa, fiel a sí misma, obvia el planteamiento general del tema de la capacidad necesaria para constituir hipoteca y se adentra, directamente, en la exposición casuística de un amplio repertorio de peculiaridades subjetivas existentes en Derecho inglés, tanto en materia de capacidad como de régimen jurídico especial aplicable a ciertos acreedores y deudores hipotecarios.

No es este el proceder de nuestros autores que, sin rehuir el estudio de las especialidades que sean del caso, fundamentan su exposición en reglas de carácter general, destinadas a medir tanto la capacidad del hipotecante o deudor como la del acreedor hipotecario.

Según el art. 138 de la Ley Hipotecaria sólo podrán constituir hipoteca sobre inmuebles "quienes tengan la libre disposición" de los mismos "o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes". Lo mismo viene a establecer, el art. 1857, 3º del Código civil. En suma, y según nos recuerda PUIG BRUTAU (Fundamentos ...; III, 3º; pág. 73), para gravar se necesita la misma capacidad que para enajenar. Por consiguiente, para gravar con hipoteca un bien inmueble se necesita la misma capacidad que para la enajenación de un bien de esta clase, ya que el propietario o titular del bien hipotecado queda comprometido a una posible enajenación futura.

En cuanto a la capacidad del acreedor hipotecario, la regla general es que, para ser receptor de una garantía, no hace falta la rigurosa capacidad de disposición y basta la capacidad general para contratar.

En Derecho inglés, la formulación normativa de carácter más amplio es la concerniente a los dueños absolutos, en cuya denominación hay que considerar comprendidos tanto a los titulares de la pertenencia plena como a los de la menos plena o arrendatarios reales. Unos y otros, si no se encuentran afectados por situaciones de incapacidad, como minoría de edad o demencia, pueden hipotecar sus respectivos derechos inmobiliarios.

La minoría de edad en Inglaterra (situación personal de quienes no han cumplido 18 años) es según un precepto ya conocido de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, causa determinante de incapacidad para ostentar la titularidad de pertenencias legales en cualquiera de sus dos formas. Un menor de edad, por consiguiente, no puede ser deudor en una hipoteca legal ni tampoco ratificarla al alcanzar la mayoría de edad. Las hipotecas de carácter equitativo sobre aquellas pertenencias también son nulas, excepto si se constituyen para asegurar el pago de bienes necesarios para el menor en cuyo caso la hipoteca es simplemente anulable. Por contra, el menor que sea titular vitalicio de la pertenencia (oportunidad que se le ofrece con carácter general, a cambio de la posibilidad que legalmente se le cierra de serlo de la pertenencia legal) puede, a través de la representación legal del fiduciario de la vinculación estricta o del fideicomiso para venta y previa autorización judicial, gravar con hipoteca la pertenencia legal en situación de vinculación, como medio de allegar recursos para su mantenimiento y educación.

De otro lado, si el menor asume la posición contractual del acreedor hipotecario, la nulidad del contrato por él celebrado no empece para que se acoja a la posición, even-

tualmente más favorable, de exigir su cumplimiento cuando -
 llegue a la mayoría de edad. El hipotecante queda obligado,
 en el interín, a proteger en fideicomiso el futuro derecho
 hipotecario del menor. De esta dualidad de régimen respecto
 a la minoría de edad, puede inferirse que el Derecho inglés,
 al igual que el nuestro, adopta, como norma general para re-
 gular la capacidad del acreedor hipotecario no la que se re-
 quiere para disponer, sino la menos rigurosa de la general
 para contratar.

Los enfermos mentales, en cuanto supuesto más cualifi-
 cado de incapacidad personal distinta de la minoría de edad,
 no pueden obligarse como deudores hipotecarios si no están
 en condiciones de captar la trascendencia del acto constitu-
 tivo de la hipoteca. Pero si lo ejecutan en intervalo de -
 plena lucidez, quedan obligados, a menos que ya se les hubie-
 re nombrado administrador o tutor sin cuya intervención no
 pudieran actuar. Estos, con autorización judicial, pueden -
 gravar con hipoteca los inmuebles del incapaz en supuestos
 de necesidad semejantes a los contemplados antes para los -
 menores. Los enfermos mentales que sean deudores hipoteca-
 rios, gozan del singular privilegio de que mientras vivan y
 subsista su enfermedad, quedan en suspenso las acciones del
 acreedor tendentes a recuperar el préstamo. Hay que pensar
 que pocas hipotecas se contratarán en estas condiciones tan
 desfavorables para el acreedor. Mediando la misma autoriza-
 ción judicial a favor de los administradores, éstos pueden
 invertir el dinero de los incapacitados en préstamos hipote-
 carios.

En nuestro Derecho, cuando el dueño de los bienes hipo-
 tecables carece de capacidad dispositiva inmobiliaria, la -
 constitución de la hipoteca debe otorgarla:

1) El propio dueño de los bienes o titular de los derechos reales a hipotecar, pero con el consentimiento de su padre, madre o tutor, si se tratare de hijos emancipados o habilitados de edad, lo que constituye una posibilidad institucional desconocida en Derecho inglés, si bien con la notable diferencia práctica de que los 18 años que hacen posible la emancipación por concesión en España, son suficien-tes para alcanzar la mayoría de edad en Inglaterra.

2) El representante legal del propietario de los bienes inmuebles, pero con la correspondiente autorización judicial o del Consejo de familia, según se trate de menor o de menor huérfano o de incapacitado.

La protección a ultranza que el Derecho inglés brinda al menor que indebidamente contrata una hipoteca en calidad de deudor, es desconocida en nuestro Ordenamiento jurídico. Para nosotros, se trata de un contrato anulable, en virtud de acción que ha de ejercitar el propio menor en el plazo de cuatro años siguientes a su mayoría de edad (arts. 1.300, 1.301 y 1.302 del C.c.). Hay, pues, posibilidad de que el contrato sea confirmado por el menor, parece que expresamente por tratarse de un préstamo hipotecario que ha de inscribirse en el Registro, una vez superada la situación jurídica transitoria que le afectaba cuando contrató (arts. 1.310 y sgs. del C.c.).

La mujer casada inglesa puede, con plena libertad, ser acreedor y deudor hipotecario. Hay, no obstante, una sola excepción que afecta a ambos cónyuges. En el supuesto de hipoteca sobre vivienda que tanga la condición de domicilio conyugal, inscrita registralmente como tal, el acreedor hipotecario, si no quiere que la eficacia de su derecho se

vea sensiblemente mermada por el del cónyuge del constituyente a ocupar el domicilio conyugal, ha de requerir, al constituirse la hipoteca, la concurrencia de aquél a fin de que renuncie o posponga su derecho al de hipoteca.

A partir de la reforma del Código civil de 2.5.1975, la mujer casada, por sí sola, puede disponer, y por ello hipotecar, sus bienes parafernales, incluidos los inmuebles. A diferencia de lo establecido en Inglaterra, no hay, para la vivienda de los cónyuges, régimen especial que revista trascendencia hipotecaria. Indirectamente, si la vivienda familiar tiene carácter ganancial -supuesto muy común en amplias zonas del territorio nacional- se precisa el consentimiento de ambos esposos para gravar tal bien con hipoteca (art. 1.413 del C.c.).

El hipotecante puede otorgar la constitución de hipoteca bien personalmente o por medio de apoderado. Es decir, que podrá hacerlo por sí mismo o de acuerdo con el art. 139 de la Ley Hipotecaria, por medio de apoderado con poder especial bastante. Así resulta también del art. 1.713 del Código civil, según el cual para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. Hay, en Derecho inglés, una variante importantísima a esta sólida e incontrovertible doctrina española. Consiste en que un poder implícito, inferido de circunstancias muy claras, es suficiente para que el mandatario obligue al mandante. La trascendencia de la aceptación de este principio no sufre merma, sino sólo matización, por la prudencia o cautela con que se acepta. Es, sin duda, exponente de un criterio equitativo que recoge la voluntad de no ignorar ningún aspecto de la realidad jurídica aún a fuer de introducir un elemento de inseguridad en

tisfacer auténticas necesidades de la persona jurídica representada o del beneficiario de la vinculación o fideicomiso, en cuyo caso puede considerarse creada una hipoteca equitativa. Es esta una oportunidad absolutamente desconocida entre nosotros, como consecuencia de la rígida estructura de nuestro sistema hipotecario.

El espacio dedicado por el Derecho inglés a la capacidad y régimen hipotecario de los entes asociativos, públicos o privados, con o sin personalidad jurídica, es de extraordinaria amplitud. Va desde ciertas Entidades públicas (public authorities) de régimen general, como los Municipios (local authorities) o de fines específicos, como la Sociedad Limitada para las Hipotecas Agrarias (Agricultural Mortgage Corporation Limited) hasta quienes comparecen en la vida jurídica en régimen de sociedad civil (partnership) respecto a cuya personalidad jurídica propiamente dicha no siempre resulta fácil pronunciarse. Comprende, asimismo, las Sociedades, en general (Corporations), las Asociaciones y Sociedades Mutuas de Viviendas (Housing Associations and Societies), las Sociedades Industriales y Económicas (Industrial and Provident Societies), las Sociedades de Previsión Social (Friendly or Benefit Societies). Finalmente, ocupa un lugar de excepcional importancia dentro de ellas las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies) cuya significación y relevancia dentro del mercado del crédito territorial inglés es acusadísima.

En un intento de establecer las ideas generales en las que echan sus raíces las normas por las que se rige la capacidad hipotecaria, tanto pasiva como activa, de dichas Entidades, podríamos llegar a las siguientes conclusiones:

./.

actos de tanta trascendencia patrimonial como la hipoteca de inmuebles. Se trata, no de un hecho aislado sino de una opción característica del Derecho inglés, que muestra claramente su preferencia por la riqueza de los planteamientos prácticos, aunque, ello conlleve un cierto grado de inseguridad o, más exactamente, de imprecisión en cualquier planteamiento apriorístico de las relaciones jurídicas.

En el amplio marco de las vinculaciones estrictas y de los fideicomisos para venta (Derecho inmobiliario familiar) hay una serie de sujetos jurídicos (titulares vitalicios de la pertenencia, dueños estatutarios, fiduciarios, titulares de poderes o potestades articuladas en vinculaciones o fideicomisos, cotitulares o condueños de las pertenencias legales etc.) todos ellos viejos conocidos de etapas anteriores de este estudio, y carentes de rigurosa equivalencia institucional en nuestro Derecho, que gozan de facultades para hipotecar bien sus propios derechos equitativos o bien la pertenencia legal vinculada. En este segundo supuesto han de actuar con estricto respeto a los fines de la vinculación o del fideicomiso al que están llamados a servir. Otro tanto ha de decirse de los administradores-ejecutores de la herencia, cuyo régimen jurídico está legalmente asimilado al de los fideicomisos para venta.

Tanto en la esfera de las vinculaciones estrictas y fideicomisos para venta, cuando el hipotecante gestiona derechos ajenos, como en la de los entes asociativos, a que nos referiremos a continuación, impera un principio jurídico, de evidente origen equitativo, cuya formulación genérica, sin perjuicio del peculiar casuismo del Derecho inglés, podría ser esta: los préstamos hipotecarios constituidos "ultra vires" son nulos salvo que el dinero obtenido se aplique a sa-

1ª. En un primer escalón, ha de tenerse presente que - las disposiciones legales con sujeción a las cuales se constituya o exista la persona jurídica en cuestión, han de prever, o cuando menos no excluir expresamente de su objeto social, la posibilidad de constituir hipotecas activa o pasivamente.

2ª. Descendiendo de escalón, nuestro análisis ha de - centrarse en lo que dispongan los correspondientes estatutos sociales y, en su caso, escritura de constitución de la persona jurídica estudiada, a fin de cerciorarnos de que la obtención o concesión de préstamos hipotecarios cae dentro de la delimitación estatutaria de objeto social, sea de forma explícita o implícita. Los criterios para determinar si existe capacidad hipotecaria implícita no son invariables para todo tipo de personas jurídicas. Concretamente, una compañía o sociedad mercantil puede obtener préstamos hipotecarios para los fines de su empresa, salvo que en sus estatutos esté expresa y constitutivamente prohibido. A la inversa, una sociedad no mercantil sólo puede obtener dinero en préstamo -e hipotecar- si está expresamente autorizada para ello en virtud del acto social constitutivo.

3ª. La norma anterior admite ciertas excepciones, alguna de las cuales son tan curiosas como importantes. Como - consecuencia de la integración del Reino Unido en el Mercado Común, la Ley de Comunidades Económicas Europeas (European Communities Act) de 1972, establece que en la medida - en que un comunitario no británico (outsider), actuante de buena fe, quede implicado en una negociación o contrato con una compañía inglesa, la operación jurídica en cuestión ha de estimarse incluida en el ámbito de capacidad de la compa

ña o sociedad contratante, lo que también es de aplicación a los préstamos hipotecarios. Es evidente en este precepto el propósito de tutelar las relaciones jurídicas intercomunitarias, exigiendo al extranjero comunitario que actúa de buena fe una menor diligencia que al nacional que se encuentre en igualdad de condiciones. Con parecida finalidad, pero basándose en motivaciones distintas, las personas que presentan a las Entidades locales, según lo legislado con carácter general en las Leyes de Régimen Local de 1933 y 1972, no están obligadas a investigar si el préstamo es o no legal ni si el importe del préstamo ha sido debidamente invertido, sin que por ello les perjudique cualquier ilegalidad de tal índole que pueda producirse. Está claro que la captación de recursos económicos por los Municipios, dada su condición de personas jurídicas de Derecho público, no puede ofrecer resquicios de duda a los prestadores sobre la juridicidad de la correspondiente operación hipotecaria.

La legislación general española sobre sociedades civiles (arts. 1.665 a 1.678 del Código civil), mercantiles (arts. 116 y sgs. y leyes de 17.7.1951, de sociedades anónimas y de 17.7.1953, de responsabilidad limitada) asociaciones (Ley de 24.12.1964), así como la normativa especial de otras personas jurídicas de actuación muy próxima, activa o pasiva, al mercado del crédito hipotecario (Cooperativas, Ley 19.12.1974; Cajas de Ahorro, Real Decreto Ley de 21.9.1929 y Decreto de 14.3.1933; Banco Hipotecario de España, Real Decreto de 3.11.1928; Banco de Crédito Agrícola, Decreto-Ley de 20.7.1972; Banco de Crédito a la Construcción, Decreto-Ley de 29.11.1962; Banco de Crédito Industrial, Orden de 17.10.1947) perfila también unas coordenadas muy amplias, cuya semejanza con los dos primeros puntos en que hemos sin

tetizado la normativa inglesa, es fácilmente perceptible, lo que, por otra parte, es lógica consecuencia de una misma filosofía jurídica en la materia.

Con el propósito de considerar alguna especialidad, y -siguiendo a ROCA SASTRE (op. cit., págs. 261 y sgs.), nos ocuparemos del régimen aplicable a los Bancos comerciales e industriales, no enumerados anteriormente, en lo concerniente a la aceptación de hipotecas por créditos propios. Pueden aceptarlas en estos tres casos:

1) Como hipotecas en superposición de garantía por créditos privativos, o sea preexistentes, en las cuales bastará dar cuenta previa al Banco de España, y, por tanto, antes de ser otorgada la escritura correspondiente. En caso de urgencia bastará dar cuenta simultánea o posterior al Banco de España.

2) Como hipotecas que garantizan créditos nuevos en favor de Bancos, en el sentido de que surjan ya como créditos hipotecarios, necesitan previa autorización del Banco de España.

3) Como hipotecas a favor de Bancos en garantía de préstamos complementarios destinados a la construcción de viviendas protegidas, su aceptación por los Bancos está autorizada por el Texto Refundido del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24.7.1968 y legislación complementaria.

La hipoteca de bienes inmuebles ^{*}patrimoniales provinciales y municipales se ajusta a las normas relativas al gravamen de los mismos, que son bastante rígidas, a diferencia de lo que ocurre en Derecho inglés, en cuyo sistema las Corporaciones tienen una importante función promotora de viviendas en venta y alquiler. Según los arts. 189 y 284 de la Ley de

Régimen Local, texto refundido de 24.6.1955 y el art. 98 del Reglamento de bienes municipales y provinciales de 27.5.1955, no podrán gravarse tales bienes sin autorización del Ministerio de Gobernación, previo informe del Ministerio de Hacienda y con los demás requisitos legales que estos textos establecen. En la misma línea restrictiva se mantiene la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 19.11.1975 y el Real Decreto de 30.12.1976 que desarrolla la parte relativa a ingresos económicos de las Corporaciones Locales acudiendo, entre otros procedimientos, al mercado del crédito. *

- o - o - o -

A lo largo del presente apartado centraremos nuestra atención en el estudio de las peculiaridades subjetivas existentes en Derecho inglés, tanto en materia de capacidad como de régimen jurídico especial aplicable a la hipoteca, dada la condición del acreedor - (mortgagee) o del deudor (mortgagor) intervinientes en ella.

4.1. Dueños absolutos (absolute owners).

El titular individual de la pertenencia plena absoluta en posesión o de la menos plena, o arrendatario real, al que también podemos considerar dueño absoluto, que no se encuentre afectado por una situación de incapacidad, como la minoría de edad o la demencia, puede, en ejercicio de sus facultades dispositivas sobre el inmueble objeto de su derecho, gravarlo con hipoteca.

En los supuestos de comunidad de bienes inmuebles, tanto si se trata de comunidad en mano común (joint tenancy) como de comunidad por cuotas (tenancy in common) (v. 6, parte II, cap. III), ya sabemos que la pertenencia legal (plena o menos plena) no puede adjudicarse a más de cuatro personas, tanto si son fiduciarios para venta (trustees for sale) a los que la titularidad del predio no les supone beneficio personal, pero que amparan con su presencia y función los derechos equitativos de comuneros por cuotas, como si se trata de una comunidad en mano común en su propio interés, en la que adoptan el doble y recíproco papel de beneficiarios y de fiduciarios para venta. Recordemos (v. 6.1.3.2., parte II, cap. III) que en este último supuesto la limitación numérica de titulares es más bien dudosa.

En el primer supuesto, los fiduciarios para venta de carácter estatutario o legal pueden constituir hipoteca legal inmobiliaria sobre el predio, lo que también es factible en el segundo de los casos, cuando el fiduciario es también beneficiario del derecho, - en cuyo caso actúa en uso de facultades que, al menos parcialmente, le son propias y no atribuidas en beneficio exclusivo de terceros.

En cuanto a su cuota de carácter equitativo sobre el inmueble, - el fiduciario beneficiario sólo puede gravarla con hipoteca equitativa. Cuando más adelante nos refiramos, en este mismo apartado, a las hipotecas que pueden constituir los fiduciarios, ofreceremos con algún detalle el modo en que los comuneros pueden - ejercitar sus facultades.

Si una hipoteca legal se constituye en favor de varios acreedores, la pertenencia legal transmitida se confiere a todos - ellos, o a los cuatro primeros designados -si su número es superior a éste- en comunidad en mano común y en calidad de fideicomiso para venta. En las hipotecas en las que concurren diversidad de acreedores, se entiende que, salvo pacto expreso en contrario, hay solidaridad (joint account) entre los acreedores en cuanto a la amortización del capital del préstamo; es decir, que la cobranza íntegra del mismo, por cualquiera de ellos, libera - al deudor.

4.2. Poderes o potestades en general (mortgages under powers generally).

En los casos en que una persona no sea ni dueño pleno ni menos pleno de la pertenencia plena absoluta en posesión sobre la finca, sólo puede garantizar un préstamo o deuda con ella en forma acorde con la duración de su derecho y en función de las facultades que, según la naturaleza y título constitutivo del mismo, le estén conferidas por disposición legal, contractual o testamentaria. Se trata, en suma, de facultades concretas para la - constitución de hipotecas inmobiliarias (powers generally) (v. - 2., parte II, cap. III), emanadas de derechos sobre el predio en cuestión, distintos de la titularidad de la pertenencia plena o menos plena, que abarcan la ejecución de un grupo de actos genéricos o de actos específicos entre los que se incluyan la constit

tución de estos derechos reales inmobiliarios. En todo caso, la intención del poderdante ha de quedar suficientemente especificada (Willis v. Palmer, 1859; Mostyn v. Lancaster, 1883), sin olvidar que es posible que los términos generales y expresos en que esté concebido un poder o potestad queden limitados en función de su finalidad específica (Lewis v. Ramsdale, 1886). Concretamente, un poder general para vender, ceder y transmitir (a general power to sell, assing and transfer) no es bastante para hipotecar (Australian Auxiliary Steam Clipper Co. v. Mounsey, 1858; Jonmenjoy Coondoo v. Watson, 1884). Cabe, en todo caso, que el poderdante de un poder insuficiente o de dudosa suficiencia, complete su eficacia durante o después de la constitución de la hipoteca, mediante la oportuna confirmación o ratificación (Perry v. Holl, 1800; Davies v. Bolton & Co., 1894).

El poder o potestad para hipotecar, aunque sea explícito, ha de ejercitarse con sujeción a los términos del instrumento creador del mismo. Asimismo, un poder, tanto general como especial, ha de ajustarse en su ejercicio a los fines atribuidos a la institución fiduciaria o de otro tipo a cuyo servicio fué creado.

Por aplicación del principio equitativo de que debe cumplirse todo aquello a lo que uno se obliga voluntariamente, hay que estimar jurídicamente eficaz la intención de constituir una garantía real inmobiliaria cuando el que la manifiesta tiene poder para ello, a pesar de posibles errores en la utilización de la forma procedente (Re Queensland Land and Coal Co., Davis v. Martin, 1894) o de una expresión de voluntad informal (Webb v. Herne Bay Commissioners, 1870).

Si el constituyente de la garantía real carecía de potestad para ello, habiendo incurrido, por consiguiente, en exceso de poder (porque la constitución de hipotecas le esté expresamente prohibida, le esté permitida sólo hasta cierto límite, que no

respetar, o con sujeción a determinadas formalidades, que no observaba) no surge, en Derecho común, ni deuda ni garantía real que la respalde (Chambers v. Manchester and Mieford Rail Co., 1864; Re Pooley Hall Colliery Co., 1869; Landowners West of England and South Wales Land Drainage and Inclosure Co. v. Ashford, 1880; Firbank's Executors v. Humphreys, 1886). Ahora bien, el dinero obtenido en préstamo, de buena fe, y aplicado a satisfacer responsabilidades pecuniarias del poderdante o, en general, de la persona en cuyo favor se haya incurrido en exceso de poder, da lugar a una obligación e hipoteca equitativas, que produce interés en favor del acreedor (Suidair v. Brougham, 1914; Re Wrexham, Mold and Connoh's Quay Rail Co., 1899). Si no hay evidencia de que el dinero objeto del préstamo se aplicó en beneficio de la persona en cuyo nombre actuó el apoderado, lo que ha de ser alegado y probado por el prestador, no se constituye la indicada obligación equitativa (Re National Permanent Benefit Building Society, 1870; Blackburn Building Society v. Cunliffe, Brooks & Co., 1882).

4.3. Sociedades en general (corporation).

Se impone, en el estudio de su capacidad y especialidades contractuales hipotecarias, distinguir entre su actuación como prestatarias y su actuación como prestadoras.

Para ser prestataria (borrowing powers), las facultades de una sociedad de Derecho privado, formalmente constituida al amparo de su ley específica (Companies Act, 1948), están delimitadas de acuerdo con su objeto social, que debe especificarse en la escritura de constitución (memorandum of association) (Ashbury Railway Carriage and Iron Co. v. Riche, 1875), principio que, en general, también es de aplicación a cuantas personas jurídicas -

se constituyan autorregulándose mediante normas estatutarias es pecificativas de las finalidades que están llamadas a desempeñar (Baroness Wenlock v. River Dee Co., 1885).

Por lo común, la facultad expresa para la obtención de préstamos se enumera en la escritura constitutiva de la sociedad privada, pero ello no supone, en todo caso, un requisito esencial puesto que dicha facultad puede estar implícita en el objeto de la sociedad. Así, una compañía o sociedad mercantil puede obtener dinero en préstamo para los fines de su empresa, salvo que esté expresa y constitutivamente prohibido (General Auction Estate and Monetary Co., v. Smith, 1891) y le esté permitido hipotecar sus bienes en garantía del préstamo obtenido (Re Patent File Co., 1870; Howard v. Patent Ivory Manufacturing Co., 188). A la inversa, una sociedad no mercantil sólo puede obtener dinero en préstamo -e hipotecar- si está expresamente autorizada para ello en virtud del acto constitutivo (Re Badger, Mansell v. Viscount Cobham, 1905).

Como consecuencia de la integración del Reino Unido en el Mercado Común, la Ley de Comunidades Económicas Europeas (European Communities Act) de 1972, establece que en la medida en que un no británico (outsider), actuante de buena fe, quede implicado en una negociación o contratación, ésta ha de estimarse incluida en el ámbito de capacidad de la compañía o sociedad interviniente, lo que es de aplicación a los préstamos hipotecarios.

Si existen limitaciones en el montante del préstamo que pueda contratarse, el prestador ha de cuidar que dicho límite no sea sobrepasado, salvo que el mismo esté establecido en los Estatutos sociales y los mismos dispongan que sólo el conocimiento expreso del exceso será motivo de nulidad del préstamo (Chapleo v. Brunswick Permanent Benefit Building Society, 1881).

No obstante, si la garantía real inmobiliaria prevista resultara "ultra vires", a la vista de los Estatutos, el prestador ha de ajustarse a los límites estatutariamente previstos, salvo en el supuesto de que el poder del representante de la sociedad - fuera ampliado por los socios (*Irvine v. Union Bank of Australia*, 1877).

En el caso de que estén cuantitativamente limitadas las facultades de los Directores o Gerentes de las sociedades para obtener préstamos en favor de éstas, los contratos concertados - por aquéllos no pueden sobrepasar el tope establecido, pues en caso contrario no obligan a la sociedad en cuanto al exceso (*Re Pooley Hall Colliery Co.*, 1869), sin perjuicio de la responsabilidad personal del representante infractor (*Chapleo v. Brunswick Permanent Benefit Building Society*, supra; *Whitehoven Joint Stock Banking Co. v. Real*, 1886). No obstante, si el exceso en que incurra el Director atañe sólo a las facultades de su cargo, pero no a las que con carácter general estén atribuidas a la sociedad en materia de préstamos, cabe la ratificación de lo actuado (*Irvine v. Union Bank of Australia*, supra). Y, en caso de duda, la sociedad puede quedar obligada si el préstamo contratado puede considerarse, de algún modo, incluido en el marco de las facultades propias del Director (*Freeman and Lockyer v. Buclhurst Park Properties (Mangol), Ltd.*, 1964; *Hely-Hutchinson v. Brayhead, Ltd.*, 1968).

Los préstamos obtenidos "ultra vires" por una sociedad, en calidad de prestataria, son nulos y no producen, por sí mismos, acción legal ni equitativa (*Sinclair v. Brougham*, 1914), nulidad que lleva aparejada la de una eventual hipoteca que se hubiera constituido en su garantía. Pero el préstamo y su garantía hipoteca accesoria son válidos, si el importe de aquél se destina a financiar la amortización de préstamos de la misma sociedad que, por sus respectivas cuantías, estuvieren dentro de

los límites autorizados (Re Harris Calculating Machine Co., 1914). Este supuesto es la aplicación a un caso concreto del principio general sobre la validez o invalidez de los préstamos en exceso, - que ha sido expuesto en el párrafo final del precedente apartado 4.2.

Es frecuente que las Compañías acudan al mercado del crédito hipotecario mediante la emisión de títulos, (debentures) nominativos o al portador, garantizados con sus fincas y también con sus bienes muebles, especialmente los que la Compañía produce, y con los que comercia. Esta modalidad crediticia no es exclusiva de - los sujetos que nos ocupan. También pueden acudir a ella otras - personas jurídicas, Entidades sin personalidad y personas físicas, pero ello ocurre de forma esporádica.

Una sociedad de Derecho privado puede ser prestamista cuando la facultad correspondiente esté expresamente contenida en la escritura constitutiva, facultad que suele ir contrapesada con la - obligación de que se pacte hipoteca en garantía del préstamo co - rrespondiente.

No obstante, determinadas sociedades tienen la facultad tácita o implícita de actuar como prestadoras o de conceder crédito, - siempre que esta función crediticia sea apropiada al normal desenvolvimiento de sus negocios y tenga carácter complementario de su objeto social.

4.4. Entidades públicas (public authorities).

También respecto a ellas se impone, en el estudio de su capacidad contractual y especialidades jurídicas hipotecarias, distinguir entre su condición de prestadora y de prestataria.

La facultad de las Entidades locales para obtener dinero en préstamo está generalmente conferida en su normativa legal (con-

ferred by statute), pero también puede ser tácita o implícita - (Baroness Wenlock v. River Dee Co., 1883). Los fines para los -- que las Entidades locales pueden obtener crédito son, en su caso, los señalados en su Ley especial (relevant Act). Si la facultad para obtener préstamos es implícita, las Entidades locales, de acuerdo con lo prevenido en la Ley de Régimen Local (Local Government Act) de 1933, modificada por la de 1972, con el consentimiento de la superior autoridad tutelar (the sanctioning authority) -generalmente el Ministerio de la Vivienda y del Régimen Local (Minister of Housing and Local Government), cuyas facultades están hoy transferidas a la Secretaría de Estado para el Medio Ambiente (Secretary of State for the Environment), excepto para el Ayuntamiento del Gran Londres (Greater London Council), que depende, a estos efectos, del Tesoro Público o Ministerio de Hacienda (Treasury)-, pueden concertar operaciones crediticias para la adquisición de terrenos o solares, construcción de edificios, con frecuencia destinados a viviendas, y para otros múltiples fines estatutarios. Todas estas cautelas no han sido suficientes para impedir la contratación, por las Corporaciones locales, de préstamos más allá de lo autorizado (ultra vires), lo que ha motivado que la jurisprudencia se pronuncie sobre el tema (A.-G. v. West Ham Corpn., 1910; A.-G. v. Oldham Corpn., 1936).

Las personas que presten a las Entidades locales, según lo legislado con carácter general en la Ley de Régimen Local (Local Government Act) de 1933, sustituida por la de 1972, no están obligadas a investigar si el préstamo es o no legal ni si el importe del préstamo ha sido debidamente invertido, sin que por ello les perjudique cualquier ilegalidad de esta índole que pueda producirse.

Finalmente, las Corporaciones locales pueden obtener préstamos para finalidades especificadas en Leyes de carácter general (general Acts), como las Leyes de Viviendas (Housing Acts)

de 1949 y 1957.

La Sociedad Limitada para las Hipotecas Agrarias (Agricultural Mortgage Corporation Limited), que se rige por sus Leyes específicas de 1928, 1956 y 1958, está expresamente facultada, en virtud de dichas normas, para obtener préstamos hipotecarios con garantía de fincas rústicas, invirtiendo las cantidades así obtenidas en el cumplimiento de los fines agrícolas que le están estatutariamente asignados.

Las Entidades locales (local authorities) o Ayuntamientos - de Condado (county council) pueden conceder créditos para la adquisición, construcción, modificación, ampliación, reparación o mejora de casas, para la conversión de edificios en viviendas - unifamiliares o apartamentos y para la adquisición de edificios con esta finalidad. El préstamo y sus intereses deben ser garantizados con hipoteca del inmueble en cuestión. La amortización - de estos créditos suele hacerse en forma de plazos o vencimientos periódicos; en todo caso, el resto pendiente de amortización es exigible a requerimiento del acreedor si el deudor infringe - alguna de las condiciones del préstamo, debiendo éste cancelar - en el primer día del trimestre inmediato (quarter days), siempre que el requerimiento del acreedor se haya producido con una antelación mínima de un mes. Los préstamos efectuados por las Entidades locales son compatibles con cualquier otro tipo de ayuda proporcionado por las mismas para finalidades similares.

La concesión de préstamos a particulares para adquisición - de viviendas destinadas a su propio uso, es también competencia de las Corporaciones locales, de acuerdo con las Leyes de Adquisición de Viviendas Particulares (Small Dwellings Acquisition - Acts) dictadas entre 1899 y 1923. Estos créditos pueden conceder

se para alguna de estas finalidades alternativas: adquisición, - por un residente en la circunscripción territorial de la Corporación, del dominio de una vivienda ya construida o construcción - de la misma para su posterior ocupación como su propia residen - cia. El préstamo y sus intereses han de ser amortizados en el - plazo máximo de treinta años.

Entre las peculiaridades que caracterizan a esta modalidad de préstamos municipales para vivienda, sobresale lo concernien - te a su ejecución en caso de impago o incumplimiento de alguna - otra estipulación esencial del préstamo. Por ejemplo, si se in - cumple la obligación legal que atañe al prestatario de habitar - la vivienda, el Ayuntamiento puede tomar posesión de ella. Si se infringe alguna otra obligación (hacer frente a los vencimientos en las fechas pactadas, tener asegurado el inmueble a satisfac - ción del prestador, no destinar la vivienda a finalidades prohi - bidas, etc.), la Entidad local puede, tanto si hay como si no - hay infracción simultánea de la obligación de habitar la vivien - da, ocupar ésta u ordenar su venta prescindiendo de tomar pose - sión de ella.

En el supuesto de que la infracción consista en la falta de pago puntual de los vencimientos previstos, la Entidad local no está obligada a practicar notificación previa a la toma de pose - sión del inmueble, pero si ha de hacerlo antes de ordenar la venta de la vivienda. Si lo que se incumple es otra estipulación, - la previa notificación al deudor es precisa, antes de tomar posesión u ordenar la venta. Supuesto que en el término de los catorce días siguientes a la notificación, el deudor garantice, mediante escrito de contestación, que cumplirá sus obligaciones y efectivamente lo hiciere antes de que transcurran dos meses desde - que fuere requerido para ello en virtud de la notificación, la -

Corporación local deudora no puede tomar posesión del inmueble - ni ordenar su venta.

La toma de posesión de la vivienda es un acto jurídico cuyos efectos desbordan ampliamente el estrecho marco de su denominación. Virtualmente entraña una venta inmobiliaria a favor de la Corporación local prestamista que adquiere la condición de dueña de la casa, pagando su valor. Este puede ser una suma aceptada por el propietario-deudor y, a falta de acuerdo, se determina mediante arbitraje. La referencia para convenir la suma o fijar la arbitrariamente, es el valor del derecho equitativo de redención de la finca (equity of redemption) (v. 2.2. del presente capítulo), o valor de su derecho real sobre la vivienda, deducción hecha del capital e intereses adeudados y, en su caso, de los gastos del arbitraje.

Si la Entidad local opta por la alternativa, siempre posible excepto en caso de incumplimiento del deber de ocupación, de solicitar la venta de la vivienda, ésta ha de hacerse en pública subasta (by auction). El precio obtenido en ésta se destina, en primer lugar, a satisfacer el capital y los intereses adeudados y después las costas y gastos producidos, quedando el remanente, si lo hubiere, de libre disposición del deudor. Ahora bien, si con la mejor de las posturas ofrecida en la subasta no se alcanza a cubrir capital, intereses, costas y gastos, la Corporación local aún puede optar por tomar posesión de la vivienda, con la particularidad de que no sólo no está obligada sino que ni siquiera puede (Re Brown's Mortgage, Wallasey Corp. v. A.-G., 1945) efectuar pago alguno al deudor ejecutado. Pero si, subsidiariamente, la Corporación ejecutante consigue vender la vivienda por precio superior a la suma de los conceptos tantas veces enumerados de capital, intereses, costas y gastos, no está autorizada para quedarse con el remanente, ya que ello representaría

un enriquecimiento injusto, debiendo entregarlo al anterior propietario y, entretanto lo lleva a efecto, queda investida de la condición de fiduciario respecto a dicha cantidad (Re Brown's - Mortgage, Wallasey Corpn. v. A.- G., supra; Re Caunter's Charge 1960).

La Sociedad Limitada para las Hipotecas Agrarias (Agricultural Mortgage Corporation Limited) está, asimismo, legalmente autorizada para contratar préstamos en calidad de prestadora, a largo plazo, y, principalmente, con la finalidad de introducir mejoras en las explotaciones agrarias.

4.5. Asociaciones y Sociedades Mutuas de Viviendas (housing - associations and societies).

A los fines de nuestra exposición, entendemos por Asociación de viviendas un conjunto de personas físicas constituidas en unidad con el propósito, único o compartido con otros varios, de construir, mejorar, administrar, facilitar o fomentar la construcción o mejora de casas, para sus asociados o para terceros, sin especial ánimo de lucro mercantil, de tal modo que las inversiones de capital que hagan en cumplimiento de las indicadas finalidades no pueden ser remuneradas mediante dividendos o intereses que excedan del tope marcado por el Ministerio de Hacienda.

La Ley de la Vivienda (Housing Act) de 1957, asigna a las Entidades locales funciones de promoción y asistencia de las Asociaciones de viviendas, incluso mediante la concesión de préstamos de acuerdo con normas generales establecidas al efecto por el Ministerio de la Vivienda y del Régimen Local (Minister of - Housing and Local Government), hoy por la Secretaría de Estado para el Medio Ambiente, la cual, en el desempeño de su función asistencial a las mentadas sociedades, puede asumir directamente el papel de prestador.

Las Sociedades mutuas de viviendas (Housing societies) son aquéllas constituidas e inscritas ajustándose al patrón establecido por la Ley de Sociedades Industriales y Económicas (Industrial and Provident Societies Act) de 1965, carentes, asimismo, de ánimo de lucro y con la finalidad única o compartida de construir, mejorar o administrar casas disponibles para ser ocupadas exclusivamente por sus socios o, excepcionalmente, para ser arrendadas a terceros. Sus fines están en el doble aspecto objetivo y subjetivo, encuadrados en un marco notoriamente más reducido que el de las Asociaciones de viviendas, cuyas actividades pueden desembocar en contratos con terceros no limitados a tipos determinados.

El Instituto o Corporación para la Vivienda (the Housing Corporation) es una persona jurídica de duración indefinida (perpetual succession), constituida en virtud de lo establecido en la Ley de Viviendas (Housing Act) de 1964. Su finalidad es promocionar y ayudar al desarrollo de las Sociedades mutuas de viviendas, estando facultado, a tal fin, para concederles préstamos y venderles o arrendarles terrenos, con sujeción a directrices administrativamente determinadas, constituyendo garantía hipotecaria sobre las fincas a los oportunos efectos del reintegro de los préstamos o del pago de los precios establecidos. Mientras el Instituto conserve la condición de acreedor hipotecario sobre el inmueble de la Sociedad mutua de vivienda, le está permitido, mediando la oportuna autorización administrativa, dictar directrices sobre la utilización de la finca, directrices que son obligatorias para la Sociedad propietaria de la misma.

4.6. Sociedades Industriales y Económicas (Industrial and Provident Societies).

En lo concerniente a sus facultades para ser prestatarias - (borrowing powers), sus normas estatutarias deben especificar si

esta clase de sociedades pueden contratar empréstitos o recibir entregas dinerarias de sus socios o de terceras personas, constituyendo, en su caso, garantía hipotecaria, mobiliaria o inmobiliaria, para su devolución.

Los estatutos de estas sociedades han de ocuparse de reglamentar los préstamos que pueden contratar en calidad de prestadoras (lending powers), a favor de sus socios, garantizados con propiedad personal o real (v. 2, cap. I), o de terceros, si la sociedad está inscrita para realizar negocios bancarios o análogos, siendo la hipoteca inmobiliaria una de las posibles garantías para asegurar el reintegro de los préstamos.

4.7. Sociedades de Previsión Social (friendly or benefit societies).

Son Entidades de naturaleza asociativa que actúan en el campo de la previsión social, mediante seguros de vida, pago de gastos funerarios, pensiones de jubilación, prestaciones familiares de diversa índole y otros beneficios de tipo y finalidad similar, a los que se adquiere derecho mediante el abono de cuotas fijas o de dividendos pasivos, satisfechos por las personas físicas asociadas.

Las sociedades de esta índole, debidamente inscritas, pueden ser prestatarias, con garantía de hipoteca inmobiliaria, si sus normas estatutarias lo prevén expresamente, de conformidad con lo prevenido en la Ley de Sociedades de Previsión Social (Friendly Societies Act) de 1896.

El mismo texto legal se ocupa de regular los eventuales préstamos que las sociedades pueden realizar a sus socios. Asimismo, los administradores de estas sociedades pueden, con la autorización del Consejo de Administración o Junta Rectora o de la mayoría de los socios presentes en una Asamblea General, invertir fondos sociales en préstamos a favor d e

rantía real.

4.8. Titulares vitalicios de la pertenencia y dueños estatutarios (tenants for life and statutory owners).

4.8.1. Hipoteca de la pertenencia legal.

Como recordatorio y ampliación de lo dicho en el capítulo anterior (v. 1.3., parte II) sobre ambos sujetos jurídicos, vamos a referirnos a las facultades que les corresponden para, constituyendo hipoteca legal sobre las pertenencias inmobiliarias, obtener dinero en préstamo con destino a fines legalmente especificados.

La Ley de Propiedad Vinculada (the Settled Land Act) de 1925 dispone que caso de que se precise disponer de dinero, necesidad que ha de ser razonable, en función de las circunstancias objetivas de la propiedad vinculada en cuestión (Scott v. Clifford, 1902), el titular vitalicio de la pertenencia, o dueño estatutario, en su caso, está facultado para conseguir los préstamos precisos, gravando con hipoteca legal todo o parte del inmueble vinculado.

La indicada Ley de Propiedad Vinculada dispone que, cuando el titular vitalicio de la pertenencia o, en su caso, el dueño estatutario, precisan dinero para finalidades tales como liberar el predio, o parte de él, de alguna carga real, incluidas las de carácter local (Re Pizzi, Scrivener v. Aldridge, 1907) (v. 4.1.2., parte IV, cap. III), realizar mejoras legal o constitutivamente autorizadas, o pagar gastos de algún contrato que concierna al inmueble, están autorizados para constituir hipoteca legal sobre el mismo, debiéndose aplicar el dinero del préstamo a la finalidad específica en cuestión.

Leyes posteriores han ido ampliando el ámbito de las facultades

des que, en orden a constituir hipotecas, corresponde a estos sujetos jurídicos. Sin ánimo de enumeración exhaustiva, citaremos algunos supuestos: indemnizaciones a los arrendatarios reales - por razón de mejoras realizadas al amparo de la Ley de Arrendador y Arrendatario (Landlord and Tenant Act) de 1927, así como - pagos por otros conceptos al amparo de la misma norma legal; abono de contribuciones exigibles de acuerdo con la Ley de Planificación Urbana y Rural (Town and County Planning Act) de 1962; - desembolso del coste de las obras de protección costera, efectuadas de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Protección de - Costas (Coast Protection Act) de 1959, y otros varios.

Además, la Ley de Propiedad Vinculada de 1925 faculta a los Tribunales para que autoricen al titular vitalicio o al dueño estatutario, a fin de constituir hipoteca legal de todo o parte - del predio para satisfacer todo tipo de gastos o redimir cualesquiera cargas que lo afecten.

El dinero obtenido en préstamo, en el ejercicio de las facultades que, para constituir hipoteca, competen a estos sujetos de derecho, merece la calificación jurídica de "capital en metálico" (capital money) (v. 1.3.3., parte II, cap. III) y ha de - ser satisfecho al menos a dos personas que tengan la condición - de fiduciarios de la vinculación, salvo que la función fiduciaria sea desempeñada por una persona jurídica (trust corporation). Asimismo, y según ya sabemos, el titular vitalicio ha de dar preaviso (notice) a los fiduciarios de su propósito de constituir - la hipoteca o afección en pago con fuerza de tal, preaviso que - ha de ser específico para cada operación que se pretenda efectuar (Re Ray's Settled Estates, 1884). Ahora bien, a un prestador de buena fe no le afecta la efectividad u omisión del preaviso - que el titular vitalicio debe cursar a los fiduciarios.

La hipoteca legal constituida por el titular vitalicio, o - el dueño estatutario, en su caso, haciendo uso de las facultades que a tal fin les están atribuidas, produce el efecto, para el - acreedor hipotecario, de adquirir un título sobre la pertenencia, libre de las cargas propias de la vinculación inmobiliaria o de ellas derivada (overreaching effect of mortgage), pero no de las hipotecas y cargas que tengan carácter prioritario respecto a la vinculación.

Si en la hipoteca de la propiedad inmobiliaria vinculada, - el titular vitalicio asume la condición de acreedor, los fiduciarios ostentan todas las facultades que corresponden a los deudores y constituyentes de la misma, es decir, les corresponde desempeñar el papel de dueños estatutarios.

La intervención de los fiduciarios ejercitando la facultad de constituir hipoteca, que normalmente corresponde al titular - vitalicio de la pertenencia, no queda, como es lógico, circumscrita al supuesto anterior. Por ello, en los casos en que, a juicio del Tribunal competente, el titular vitalicio, bien sea por quiebra, carga constituida sobre su derecho equitativo o por - otro motivo, deja de tener un interés sustancial en la pertenencia, rehusando injustificadamente ejercitar las facultades legales que le asigna la Ley de Propiedad Vinculada de 1925, es factible que, a petición de cualquier interesado en la propiedad - vinculada, el propio Tribunal pueda autorizar a los fiduciarios para que, en nombre y representación del titular vitalicio inoperante, ejercite sus facultades, con carácter general, en la medida, forma y plazo que el Tribunal disponga, o para un caso determinado y concreto (Re Thornhill's Settlement, 1940).

4.8.2. Hipoteca de los derechos reales equitativos.

El derecho real inmobiliario, de naturaleza equitativa, -

constituido por el núcleo de facultades propias que corresponden al titular vitalicio de la pertenencia, en cuanto tal, descuentan do las que le están atribuidas como "encargado" de la titulari - dad de la pertenencia plena durante el periodo de "vacación" de la misma como derecho presente, es también susceptible de hipoteca, quedando ésta sujeta a las limitaciones constitutivas que - afectan al derecho hipotecado, según ya tenemos dicho, muy en - síntesis, al exponer, con carácter general, cuales son las facultades de este titular de derechos (v. 1.3., parte II, cap. III). Ahora bien, la hipoteca de un derecho equitativo es de naturaleza equitativa. Se constituye con la garantía colateral de un seguro de vida del deudor, designando beneficiario al acreedor, a fin de cubrir el riesgo inherente al carácter azaroso e incierto de la garantía principal.

En lo concerniente al derecho equitativo del titular hereditariamente limitado (tenant in tail) o titular de un derecho real limitadamente heredable (entailed interests) (v. 3., parte II, - cap. III), se ha de distinguir, en cuanto a sus facultades para hipotecarlo, si está o no en posesión del derecho. En el primer supuesto puede, mediante una escritura solemne, constituir hipoteca equitativa, de su derecho asimismo equitativo. Pero si no - está en posesión, a menos que obtenga el consentimiento del Protector de la Vinculación (the Protector of the Settlement), transmitirá al acreedor hipotecario únicamente una pertenencia base - (v. 3.5., parte II, cap. III).

4.9. Fiduciarios (trustees).

Las facultades de los fiduciarios para obtener préstamos - con garantía de inmuebles confiados a su función tutler y supervisora, en orden al cumplimiento de los fines del fideicomiso, está taxativamente limitada a los casos en que el título constitu-

tivo o la norma legal aplicable lo autorizan expresamente. En ocasiones, la facultad de vender, conferida al fiduciario, lleva implícita la de constituir hipoteca (Mills v. Banks, 1724; Stroughill v. Anstey, 1852), como ocurre cuando la plena transformación de la finca en dinero no es necesaria para alcanzar los fines del fideicomiso; ello ocurre si tal fin es, por ejemplo, la liberación de una carga mediante la realización de determinados pagos monetarios. Pero si se trata de un fideicomiso para venta absoluto (an absolute trust for sale) o fideicomiso para venta propiamente dicho (v. 1.4., parte II, cap. III), no hay posibilidad alguna de que el fiduciario constituya hipoteca legal sobre el predio, a menos que esté autorizado expresamente para ello en virtud de precepto legal expreso (Devaynes v. Robinson, 1857). Y si el levantamiento de una carga mediante venta parcial, por ejemplo, le está prohibida al fiduciario, debe estimarse comprendida también en la prohibición la constitución de hipoteca por cuanto de ella, a través de sus varias posibilidades de ejecución, se puede derivar una venta (Bennett v. Wyndham, 1857). De otra parte, la constitución de hipoteca puede considerarse implícita en facultades fiduciarias de dirección o gestión a las que sea inherente la obtención de capital (Dunell v. Bellinger, 1898).

Cuando los fiduciarios están facultados, en virtud del título constitutivo del fideicomiso, para obtener dinero en préstamo con fines particulares y a su absoluta discreción, los Tribunales carecen de atribuciones para enjuiciar la idoneidad de su comportamiento, tanto por acción como por omisión (Tempest v. Lord Camoys, 1882; Coles v. Courtier, 1886).

Todos los fiduciarios, si además no ostentan la condición de beneficiarios del fideicomiso, no quedan obligados personalmente por razón del préstamo hipotecario salvo que se pacta ex

presamente esta inclusión (Re Robinson's Settlement, Gant v. Hobbs, 1912; Yates v. Aston, 1843). Por el contrario, si reúnen ambas - condiciones, los efectos del préstamo hipotecario son análogos al constituido por un dueño absoluto, que además de la garantía real queda obligado personalmente al pago de la deuda.

En todos los casos en que los fiduciarios obtienen préstamos con garantía hipotecaria, en ejercicio de las facultades de su - cargo, el acreedor hipotecario no está obligado, para que su derecho quede eficazmente constituido, a comprobar la aplicación que se dé al dinero que él entrega en concepto de préstamo. Exigirle la comprobación supondría introducir un gravísimo elemento de incertidumbre en la indispensable seguridad que debe acompañar a todo tráfico jurídico, y, en particular, al inmobiliario. El acreedor hipotecario queda plenamente protegido entregando el principal del préstamo, que tiene la condición de "capital en metálico" (capital money), a no menos de dos fiduciarios y, por excepción, a uno solo si éste es persona jurídica (trust corporation).

Por lo que se refiere a la concesión de préstamos hipotecarios (lending powers), los fiduciarios pueden estar habilitados - para ello, expresamente, en virtud del título constitutivo del fi deicomiso, o de acuerdo con las facultades legales emanadas de la Ley de Inversiones de los Fiduciarios (Trustee Investments Act) - de 1961. Este texto legal les autoriza a invertir en préstamos - con garantía de pertenencias plenas o menos plenas -cuyo plazo de duración, al contratarse el préstamo, sea no menor de 60 años-, - si bien han de observar determinados requisitos y les afectan determinadas prohibiciones, la más notable de las cuales es la del autocontrato (Stickney v. Servell, 1835; Francis v. Francis, 1854; Fletcher v. Green, 1864).

Una hipoteca constituida por los fiduciarios en favor del fi deicomiso -o más exactamente, de sus beneficiarios-, había de ser,

en todo caso, primera hipoteca legal. La jurisprudencia (Smethurst v. Hastings, 1885) había resuelto que la subhipoteca de una prime ra hipoteca legal era un inversión autorizada a los fiduciarios.

Sin embargo, la Ley de Inversiones de los Fiduciarios, de - 1961, al autorizar a éstos la contratación de préstamos hipotecarios en calidad de prestamistas, no hace distinción alguna, por - lo que hemos de estimar, como opinión más segura, que la discrimi nación contra las segundas hipotecas legales y las equitativas ha dejado de tener vigencia.

La forma de la contratación no ofrece especialidad excepto - en cuanto a la necesaria intervención de dos fiduciarios, que asu men la posición contractual de prestadores.

4.10. Administradores-ejecutores de la herencia (personal represen tatives).

Conocidos ya (v. 2., cap. III, parte IV) el concepto, clases y régimen jurídico general aplicable a esta importante institu -- ción jurídica, encargada de protagonizar la transmisión de bienes "mortis causa", estudiaremos en esta ocasión, con valor general - para todas sus especies, las facultades que les corresponden en - orden a la constitución de hipotecas en garantía de préstamos.

Siempre tuvieron facultad, inherente a su función, para cons tituir garantía real, tanto legal como equitativa, sobre la pro - piedad personal (v. 4., cap. I) del causante, incluyéndose en - ella, de acuerdo con su concepto más arcaico, los arrendamientos reales; por ello merece nuestra atención el estudio de sus facul - tades hipotecarias sobre la propiedad personal a fin de satisfa - cer deudas de la herencia y atender a otros menesteres propios de la administración del caudal hereditario (Mead v. Lord Orrery, - 1745; Scott v. Tyler, 1788; Vane v. Rigden, 1870). Quedan compren

didos, dentro de esta genérica autorización, los bienes específicamente legados, pero sólo hasta el momento en que los administradores-ejecutores aprueban su aplicación según los deseos del testador (*Attenborough v. Solomon*, 1913; *Wise v. Whitburn*, 1924). "Prima facie", las hipotecas constituidas por los administradores-ejecutores llevan implícita la presunción de que el préstamo que garantizan se precisa a los fines de pago de deudas y a los generales de administración de la herencia (*Re Venn and Furze's Contract*, 1894; *Re Henson, Chester v. Henson*, 1908), y siempre que no haya circunstancias que permitan inferir lo contrario - (*Ricketts v. Lewis*, 1882), la carga hipotecaria se constituye válidamente y ha de ser soportada por los bienes afectados y por sus futuros dueños (*Nugent v. Gifford*, 1738; *Mead v. Lord Orsey*, supra; *M'Leod v. Drummond*, 1810; *Keane v. Robarts*, 1819; *Re Whistler*, 1887). Pero si la naturaleza de la transacción proporciona evidencia intrínseca de que el administrador-ejecutor está, al constituir la hipoteca, infringiendo el fideicomiso que, en definitiva, constituye su función -lo que ocurre, por ejemplo, - si la garantía se crea como respaldo de una deuda personal del administrador-ejecutor-, el acreedor hipotecario, en cuanto colaborador del fraude, adquiere un derecho subordinado al preferente de los herederos defraudados, lo que normalmente acarreará su invalidez (*McLeod v. Drummond*, supra; *Keane, v. Robarts*, supra).

La Ley de Administración de Pertenencias (*the Administration of Estates Act*) de 1925, ha declarado aplicables a los bienes inmuebles o propiedad real las facultades que, en orden a la constitución de hipotecas, correspondían ya a los administradores-ejecutores sobre la propiedad personal del causante. Para la constitución de la hipoteca inmobiliaria han de concurrir todos los administradores-ejecutores designados, o, en su defecto, se precisa autorización judicial, excepto si la homologación (*probate*) -

en el cargo es obtenida sólo por uno o varios de entre los nombrados en el testamento, en cuyo caso son éstos los autorizados para constituir la hipoteca.

Un contrato inmobiliario a título oneroso sobre la parte -nencia legal, en cuyo concepto se comprende la hipoteca, otorgado después de 1925 -fecha en que se promulgó la Ley de Administración de Pertenencias- por los administradores-ejecutores de la herencia, no es inválido sólo porque el adquirente del derecho -acreedor hipotecario, en nuestro caso- pueda tener noticia de que todas las deudas y responsabilidades emanadas de la herencia están satisfechas o atendidas. Concretamente, está establecido en la Ley que comentamos que no le corresponde al acreedor hipotecario que contrata con los administradores-ejecutores de la herencia, investigar a qué fines se destina el préstamo hipotecario, ni es obligación suya cerciorarse de que su cuntía no sobrepase el límite de lo que realmente se precisa para la buena administración del caudal hereditario. Ha de cerciorarse, empero, si no quiere poner en peligro la solidez de su título -hipotecario, de que, en el auto de homologación judicial o en el título de administrador-ejecutor, uno y otro expedidos por el Tribunal competente, tanto si el nombramiento es testamentario como judicial, no se exija autorización previa para la constitución de la carga y ha de preocuparse, asimismo, de que una nota o memorandum de su hipoteca sea incorporado a dichos títulos habilitadores del desempeño de las funciones transmisoras de la herencia.

Las hipotecas constituidas por los administradores-ejecutores de la herencia son, generalmente, hipotecas legales o afecciones en pago con fuerza de tal. Los préstamos correspondientes pueden obtenerse de las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies) (Cruickshank v. Duffin, 1872;

Thorne v. Thorne, 1893), aunque ello no es frecuente. Al igual - que en el caso de los fiduciarios, lo acostumbrado es exonerar - al administrador-ejecutor de la obligación personal de devolver el préstamo, a menos que concurra también en él la condición de heredero y, por ello, de beneficiario de aquél.

4.11. Menores (infants).

Nos ocuparemos, en primer lugar, de su capacidad para ser - prestatarios. La Ley de Privilegios de los Menores (Infants Relief Act) de 1874 dispone que todos los precontratos y contratos de préstamos celebrados con personas menores de edad (los que no han cumplido 18 años, según la Ley de Reforma del Derecho de Familia -"Family Law Reform Act"- de 1969), así como todas las deudas contraídas por ellos excepto por razón de bienes necesarios, son completamente nulos, sin que sea válida su ratificación al - alcanzar la mayoría de edad, aunque varíe la causa del contrato. Siguiendo el criterio marcado por la Ley de 1874, la de Apuestas y Préstamos a Menores (Betting and Loans -Infants- Act) de 1892 amplía el principio de nulidad de pleno Derecho a las hipotecas nuevas otorgadas por un mayor de edad, en sustitución de otras - constituidas en situación de minoría, con ánimo de convalidar la deuda contraída entonces.

Y es que, un menor, en virtud de lo dispuesto en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 (v. l.3., parte II, cap. III), carece de capacidad jurídica para ser titular de la pertenencia legal, por lo que no puede constituir hipoteca legal sobre sus bienes inmuebles, siendo nulas de pleno Derecho las de carácter - equitativo que pretenda constituir sobre ellos (Nottingham Permanent Benefit Building Society v. Thurstan, 1903), a menos, en este segundo supuesto, que la garantía se haya constituido para - asegurar el pago de bienes necesarios para el menor, en cuyo caso la hipoteca es simplemente anulable (voidable).

Cuando un menor es titular vitalicio de la pertenencia, que es una de las titularidades inmobiliarias posibles para él hasta que llega a la mayoría de edad, bien sea a través del mecanismo de la propiedad vinculada o del fideicomiso para venta, el fiduciario, por derecho propio, en el segundo caso, o actuando como dueño estatutario en el primero, puede acudir a los Tribunales - solicitando autorización para gravar con hipoteca la pertenencia legal como medio de conseguir dinero en préstamo para el mantenimiento, educación o para cualquier otro fin beneficioso para el menor, constituyendo hipoteca en la que se subrogará éste al llegar a la mayoría de edad y alcanzar la titularidad de la perte-nencia plena.

Considerando ahora su posición contractual en cuanto presta-dor, digamos que es criterio generalmente aceptado, de acuerdo - con la Ley de Privilegios de los Menores de 1874, que un contrato nulo es susceptible de que el menor que lo celebró exija su cumplimiento. El ejemplo más destacable es el contenido en la Ley - de Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies Act) de 1962, las cuales en ningún caso pueden negarse a reintegrar al menor, so pretexto de no haber alcanzado los 18 años de edad, los intereses y capital eventualmente aportados a ellas, en calidad de socio de las mismas. De otra parte, cual -- quier tentativa de constituir hipoteca legal o afección en pago con fuerza de tal, en favor de un menor de 18 años, no tiene más valor que el de un precontrato oneroso cuyo cumplimiento es exigible únicamente por el menor cuando alcanza la mayoría de edad, quedando el constituyente, en el interín, obligado a proteger en fideicomiso el futuro derecho hipotecario del menor.

4.12. Mujeres casadas (married women).

Una mujer casada es, en la actualidad, jurídicamente capaz para adquirir, ostentar y disponer de cualquier propiedad priva-

tiva, personal o real, al igual que si se tratara de mujer soltera (femme sole), según lo previsto en la Ley de Reforma del Derecho de Mujeres Casadas (Law Reform -Married Women and Tortfea -- sors- Act) de 1935.

La Ley del Domicilio Conyugal (the Matrimonial Homes Act) - de 1967, a cuyo contenido sustantivo y registral hemos hecho ya referencia (v, 2.2., parte III, y 4.1.1.1., de la parte IV, am -- bas del capítulo III), regula el supuesto de que uno de los cónyuges esté titulado para ocupar una vivienda, utilizada, o que - lo haya sido, como domicilio conyugal, en virtud de cualquier - pertenencia, derecho real o relación contractual o de cualquier disposición, de cuya situación jurídica se deriva, para el cónyuge del favorecido lo que se llama un "derecho de ocupación" - (rights of occupation). Este derecho, si la ocupación es actual y efectiva, le pone a cubierto de ser desalojado (not to be evicted) de la vivienda o de cualquier parte de ella, excepto en virtud de orden judicial; si la ocupación no es efectiva y actual, el derecho se traduce en la posibilidad de, con autorización judicial, entrar en la vivienda y proceder a su utilización o disfrute.

Se trata de un derecho registrable, como ya sabemos, en función de cita hecha en el párrafo anterior, renunciable por escrito, parcial o totalmente, y posponible, pudiendo estos actos, como es natural, tener acceso al Registro en el que conste inscrito el correspondiente derecho. En el supuesto de hipoteca sobre vivienda que tenga la condición de domicilio conyugal, inscrito como tal, el acreedor hipotecario, si no quiere que la eficacia de su derecho se vea sensiblemente mermada por el del cónyuge - del constituyente a ocupar el domicilio conyugal, ha de requerir, al constituirse la hipoteca, la concurrencia de aquél a fin de - que renuncie o posponga su derecho al de hipoteca.

El esposo(a) titular del derecho de ocupación del domicilio conyugal puede efectuar el pago del préstamo hipotecario que grave la vivienda, con independencia de si consintió o no la constitución de la hipoteca; ello, sin perjuicio del derecho del cónyuge que efectue los pagos, al sólo efecto de mantener intacto su derecho al domicilio conyugal, a repetir del otro las cantidades satisfechas en su nombre.

4.13. Enfermos mentales (mental patients).

Los negocios jurídicos celebrados con personas que no estén en su sano y cabal juicio en el momento de contratar, por pade-cer un trastorno mental de tal envergadura que les haga incapaces, son anulables (Molton v. Camroux, 1848; Imperial Loan Co., Ltd. v. Stone, 1892); si se pretende excepcionar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por dicha razón (York Glass Co., Ltd. v. Jubb; Broughton v. Snook, 1938), tal circunstancia personal ha de concurrir -y probarse- en términos tales de evidencia, que la otra parte hubiera debido percatarse de ella. Los negocios jurídicos concertados en un intervalo lúcido son vinculantes para el enfermo mental, con independencia de que la otra parte contratante conociera o no tal circunstancia (Selby v. - Jackson, 1844).

Estos mismos criterios son aplicables a los actos dispositivos sobre bienes inmuebles, contenidos en escritura solemne, si bien, dada la trascendencia del acto, el rigor protector se ex-trema en favor del enfermo mental. Así, si son incapaces de comprender la trascendencia de la escritura otorgada, ésta es nula (Price v. Berrington, 1849), y si la otorgan en intervalo de lucidez, comprendiendo su naturaleza y efectos, quedan obligados - (Towart v. Sellers, 1817) a menos que previamente se les hubiere nombrado un administrador sin cuya intervención no pudieren ac-tuar (Marshall v. Whateley, 1920).

La Ley de Salud Mental (Mental Health Act) de 1959 encomienda a los Tribunales la protección de la propiedad y demás asuntos de los enfermos mentales. Entre otras facultades que se atribuyen a los jueces, estos han de autorizar la obtención de recursos económicos para atender a las necesidades permanentes u ocasionales de los pacientes, garantizando con hipoteca la amortización de las deudas contraídas, así como de sus intereses. Durante la vida del enfermo, las facultades de venta y de incoación - del juicio hipotecario, en caso de impago de las deudas, quedan en suspenso (Marquis of Ailesbury, 1887; Re Gist, 1959 and Mental Health Act, 1959). La hipoteca, en estos casos, la constituye, en representación del paciente, el administrador permanente de sus bienes y, en su defecto, persona especialmente autorizada por la autoridad judicial que deba aprobar específicamente la operación.

Los Tribunales han autorizado, en ocasiones, la inversión - de los recursos monetarios de los enfermos mentales, en préstamos con garantía hipotecaria (Re Ridgeways, 1825), sin que esté autorizado que el administrador sea el deudor hipotecario, para evitar la lógica incompatibilidad de intereses que se deriva de todo autocontrato.

4.14. Quebrados (bankrupts).

Cuando una persona es declarada en estado legal de quiebra, sus bienes, con ciertas excepciones, pasan a un administrador o fiduciario, lo que equivale a que el quebrado no puede constituir hipoteca inmobiliaria, ni redimirla, si estuviere ya constituida. Ahora bien, la propiedad, personal o real, que el quebrado conserve puede hipotecarla (Bird v. Philpott, 1900) y también la adquirida después de declarada la quiebra, si el fiduciario - de la misma no interviene para ejercitar sus derechos sobre ella (Cohen v. Mitchell, 1890 and Bankruptcy Act; 1914).

Asimismo, una hipoteca constituida por un quebrado es válida respecto al fiduciario y a los bienes por él administrados, - si el acreedor hipotecario tiene la condición de tercero de buena fe, desconociendo, por lo tanto, que la quiebra existiere y - siempre que la solicitud o el auto de declaración de la misma no se hubieren inscrito, de acuerdo con lo prevenido en la Ley de - Cargas Inmobiliarias (Land Charges Act) de 1925, y también cuando el fiduciario permite al acreedor que entregue el dinero - haciéndole suponer que el quebrado goza de la libre disposición de sus bienes (Troughton v. Gitley, 1766; Tucker v. Hernaman, - 1853).

Finalmente, el fiduciario de la quiebra puede, con el consentimiento de la comisión inspectora de la misma (committee of - inspection), hipotecar determinados bienes del quebrado con el - fin de obtener dinero para el pago de las deudas.

4.15. Mandatarios o apoderados (agents).

Como regla de carácter general, un mandatario o apoderado, que ejerce el control temporal de los bienes del mandante, carece de facultades para hipotecarlos, salvo que tenga autorización expresa o implícita, inferida esta última de circunstancias muy claras. Ello es particularmente aplicable al abogado-procurador (solicitor) que debe abstenerse de toda clase de actos en perjuicio de su cliente (Cory v. Eyre, 1863).

4.16. Consocios (partners).

Abordando primeramente el estudio de la obtención de créditos, la Ley del Contrato de Sociedad (Partnership Act) de 1890, entendiéndolo por tal la informalmente constituida, a diferencia - de las ya estudiadas en el precedentes subapartado 4.3., y que a

un tiempo parecen tener y carecer de personalidad jurídica, dispone que cada socio es un apoderado de la firma común y de sus otros consocios a los fines del cumplimiento del objeto social, en cuyo caso obliga a todos ellos con sus actos, salvo que expresamente haya prohibición de los integrantes de la firma común para obrar en nombre de ella.

Cuando los consocios sean titulares de la pertenencia plena o menos plena de un inmueble, tienen, necesariamente, la condición de condueños en mano común (joint tenants) (v.6.1., parte II, cap. III), de acuerdo con lo dispuesto tanto en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) como de la Propiedad Vinculada (Settled Land Act), ambas de 1925. Uno sólo de los consocios no puede disponer de la pertenencia legal (plena o menos plena) sin expresa y solemne (under seal) autorización o apoderamiento de los restantes (Steiglitz v. Egginton, 1815). Pero cuando la hipoteca no necesita ser constituida en escritura solemne (deed), como ocurre en el supuesto de una hipoteca equitativa constituida mediante el depósito de las escrituras públicas, con o sin memorandum escrito, parece que la norma aplicable es la expresada en el primer párrafo de este subapartado, es decir, que la hipoteca es válida con la sola intervención de uno de los consocios, siempre que acredite que se constituyó en la forma usual y en el ámbito peculiar de los negocios de la sociedad. Además, después del fallecimiento de uno de los socios, los supervivientes están habilitados para hipotecar las propiedades comunes, con el fin de garantizar el pago de las deudas sociales, y tal hipoteca tiene carácter prioritario sobre el derecho de retención (lien) que, sobre la cuota social, asiste a los administradores-ejecutores de la herencia del fallecido (Bourne v. Bourne, 1906).

Finalmente, en lo referente a las facultades para conceder hipotecas, todo consocio puede prestar dinero de la sociedad, con garantía hipotecaria, cuando dicha transacción sea parte del ámbi

to negocial propio de la firma social (Re Land Credit Co. of Ireland, 1873; Niemann v. Niemann, 1889).

4.17. Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies).

Son éstas una clase de Asociaciones constituidas con la finalidad de obtener fondos, a través de las aportaciones efectuadas por sus socios o miembros, para realizar préstamos en favor de aquellos socios que lo precisen como ayuda para adquirir vivienda, garantizando la operación con hipoteca de pertenencia plena o menos plena (Building Societies Act, 1962). Hay, como se desprende de la anterior definición legal, dos clases de socios de las A.A.P.V.: socios inversores y socios prestatarios.

Las clasificaciones usuales de las A.A.P.V. las distinguen, de una parte, en Asociaciones carentes de personalidad jurídica (unincorporated) y dotadas de personalidad jurídica (incorporated), y de otra, en Asociaciones de duración determinada (terminating) y de duración indefinida (permanent), según que, de conformidad con sus normas estatutarias, se extingan en fecha determinada o al alcanzar un objetivo previsto o bien se constituyan para desarrollar sus actividades con carácter permanente. A su vez, las Asociaciones de duración determinada y las de duración indefinida pueden tener o carecer de personalidad jurídica.

Las A.A.P.V. sin personalidad jurídica, que en realidad eran simples comunidades de bienes, han dejado de existir. Se constituyeron al amparo de la Ley (Building Societies Act) de 1836. La posibilidad de constituir las en el futuro fué abolida por la Ley de 1874, y las que entonces funcionaban se disolvieron o se transformaron en Asociaciones con personalidad jurídica. En lo tocante a las de duración determinada, se ha de decir que hay muy pocas, si es que todavía existe alguna. Por ello, la inmensa

mayoría de las A.A.P.V. son de duración indefinida y tienen personalidad jurídica.

Las A.A.P.V. pueden obtener préstamos con determinadas restricciones y con sujeción a ciertos límites establecidos en su legislación específica y en sus Estatutos. En concordancia con esta facultad pueden recibir cantidades en depósito y en préstamos retribuidos con interés, para aplicarlas a los fines de la Asociación. Pueden también, de vez en cuando, emitir títulos representativos de capital, cuya suscripción ha de hacerse por entero y de una sola vez, o de forma periódica y parcial.

Con el fin de garantizar la devolución de estas cantidades, y aunque la Ley de 1962 no lo prevea de forma específica, las A.A.P.V. pueden constituir hipotecas.

Los préstamos que no respeten las restricciones o que sobrepasen los límites fijados legal y estatutariamente y los que no se realicen para atender los fines legítimos de la Asociación prestataria, no atribuyen al prestador acción para su recobro (Chapleo v. Brunswick Building Society, 1881; Brooks & Co. v. Blackburn Building Society, 1884). Pero si el prestador acredita que el importe de la operación ha sido destinado al cumplimiento de obligaciones de la Asociación, puede conseguir que su derecho sea reconocido en la medida en que el préstamo se haya aplicado en la forma indicada; asimismo, dispone de acción para que el dinero de su préstamo sea incorporado al activo patrimonial de la Asociación a fin de que se cumpla así el requisito que dá vida a su acción de recobro (Sinclair v. Brougham, 1914). Además, puede dirigirse contra los Directores que reciban préstamos más allá de los límites permitidos, reclamándoles el importe del exceso indebidamente cobrado.

La facultad de conceder préstamos es objeto de minuciosa - normativa. En primer lugar, la Ley de 1962 limita el montante de los préstamos especiales que una A.A.P.V. puede realizar. Se entiende por préstamo especial (special advance) el comprendido en alguno de estos supuestos: el realizado, cualquiera que sea su cuantía, en favor de una persona jurídica; el de cuantía superior a £ 10.000, a favor de persona física; el efectuado, cualquiera que sea su cuantía, en favor de una persona física que, después de recibido el préstamo, resulta deudor de la Asociación en cuantía superior a £ 10.000. Las A.A.P.V. han de administrar su actividad financiera de tal modo que los préstamos especiales no sobrepasen los límites fijados en su Ley reguladora. Esta, - autoriza dicha modalidad de préstamos sujetándola a ciertos límites aplicables al conjunto de operaciones de tal índole realizadas en cada año financiero. Se puede recabar autorización para - sobrepasar dicho límite, según normas contenidas en la propia - Ley.

Un préstamo ordinario puede conseguirse de una A.A.P.V., - aunque el prestatario no sea titular de acción alguna que le confiera la condición de socio de la misma, siempre que las normas estatutarias lo permitan. Asimismo, el prestatario puede adquirir simultáneamente la condición de socio, suscribiendo acciones de la Asociación prestadora. Incluso de le pueden anticipar la - cantidad necesaria para suscribir las acciones, garantizándola - con hipoteca.

Cuando, al principio, dimos cuenta del concepto legal de - las A.A.P.V., quedó claramente expuesto que la garantía que han de tener sus préstamos es la hipotecaria, tanto de pertenencias plenas como de menos plenas. Otras garantías, con el carácter de complementarias (por ejemplo, la fianza) son también admisibles siempre que sean de las determinadas en un Anexo de la Ley. Ex - presamente se ha declarado no admisible el préstamo garantizado

con las acciones de un socio (Cullerne v. London, etc. Building Society, 1890). A fin de facilitar el reembolso del préstamo, la Asociación puede exigir la constitución de una póliza de seguro de vida del prestatario, que habrá de cubrir un importe igual al debido por razón del préstamo.

Las A.A.P.V. no pueden prestar dinero con garantía de segunda hipoteca de una pertenencia plena o de un arrendamiento real, excepto si la hipoteca está constituida a favor de la propia Asociación (Portsea Island Building Society v. Barday, 1895; Hayes Bridge Estate v. Portman Building Society, 1936). Un préstamo - hecho en segunda hipoteca, al estar prohibido por la ley y ser nula la transacción, no es exigible al prestatario, gozando éste de la plena libertad y disponibilidad de su garantía. Y precisamente por razón de tal nulidad contractual, la operación no se subsana aunque la primera hipoteca se cancele. Por ello, si una Asociación efectúa un préstamo contraviniendo esta prohibición, los Directores que hubieren autorizado la operación responden solidariamente del perjuicio ocasionado a la Entidad.

No hay especiales requisitos de forma aplicables a las hipotecas constituidas por las A.A.P.V. La jurisprudencia ha confirmado que la normativa general en esta materia les es aplicable - (Provident Permanent Building Society v. Greenhill, 1879; Bell v. London and South Western Bank, 1874). La única diferencia importante entre una hipoteca a favor de una A.A.P.V. de otra cuyo titular no sea alguna de dichas Asociaciones, es que aquéllas incorporan los reglamentos de la Entidad como parte del contrato. Además, generalmente, se pacta que toda alteración de tales normas reglamentarias obliga también al deudor. Las Asociaciones - tienen amplios poderes para modificar sus propias normas, pero les afecta la obligación de respetar al máximo posible los intereses de sus socios-prestatarios.

La inversión de los eventuales fondos excedentarios de que puedan disponer las A.A.P.V., están también regulados por su Ley especial. Entre las posibles aplicaciones de estos fondos no se encuentran las hipotecas libres, es decir, las que no cumplan - los requisitos subjetivos y objetivos que son propios de su peculiar actividad inversora.

El peso específico de las "Building Societies" en el mercado del crédito territorial inglés es decisivo. Estas Asociaciones, cuya hegemonía en la contratación de préstamos hipotecarios está plenamente consolidada, constituyen un importante movimiento asociativo merecedor de un estudio monográfico, tanto en sus aspectos socioeconómicos como jurídicos. Para familiarizarnos con los primeros puede consultarse el folleto de MATTEI-GENTILI titulado "Le Building Societies in Gran Bretagna" en el que, con abundancia de datos y gráficos, se aborda el estudio de las características estructurales y funcionales de las A.A.P.V., así como de la Confederación (Building Societies Association) que, con carácter voluntario, engloba a gran parte de ellas. Su régimen jurídico está desarrollado con gran amplitud en el manual de WURTZBURG y MILLS denominado "Building Society Law"; en él, su peculiar estatuto y operativa son objeto de un análisis minucioso y completo, respaldado con abundancia de textos legales y citas jurisprudenciales.

5. TRANSMISION DE LAS HIPOTECAS "INTER VIVOS" Y "MORTIS CAUSA".-
SUBHIPOTECAS (transfer and devolution of mortgages: sub-mortgages).

- o - o - o -

* Se agrupan en este apartado diversas situaciones jurídicas cuyo común denominador es la modificación subjetiva de la relación jurídica hipotecaria. Fuera de ésto, la unidad temática de estas instituciones hace quiebra rápidamente, por cuanto sus funciones respectivas se desarrollan en esferas bastante alejadas entre sí. La sucesión "mortis causa" en los derechos de ambos sujetos de la relación jurídica hipotecaria es un tema que nosotros ubicaríamos en el ámbito del Derecho de sucesiones, mientras que la transmisión de tales derechos por acto "inter vivos" es materia netamente obligacional, sin perjuicio, en ambos casos, de sus correspondientes implicaciones reales. Por último, la constitución de subhipotecas nos obliga a retornar al terreno del objeto de la garantía hipotecaria, en el que tiene cabida el propio derecho de hipoteca. De aquí que nuestra doctrina científica, siguiendo la pauta que le marca la Ley Hipotecaria, sitúe el tema dentro del apartado relativo a las cosas y derechos hipotecables con restricciones o en supuestos especiales.

El tema de la transmisión "mortis causa" de los derechos hipotecarios abarca tanto el supuesto del fallecimiento del deudor hipotecario como el del acreedor.

El derecho equitativo de redención perteneciente al deudor fué catalogado siempre entre los de naturaleza real y, consiguientemente, se transmite, al igual que la perte-

./.

nencia o derecho real sobre la finca al heredero o legatario, del mismo modo que cualquier otro derecho análogo. A menos que el deudor disponga en su testamento lo contrario, su heredero o legatario están facultados para solicitar de los administradores-ejecutores de la herencia la cancelación de la hipoteca constituida sobre la pertenencia o derecho del causante.

En la transmisión de derechos que acompaña al fallecimiento del acreedor hipotecario, hemos de distinguir entre causante acreedor único y causante en caso de cotitularidad de acreedores. La Ley de Administración de Pertenencias de 1925 dispone que la pertenencia legal que los acreedores hipotecarios únicos ostenten como respaldo de su crédito, ha de recaer, en caso de muerte, y sin excepción, en los administradores-ejecutores de la herencia. Supuesta la presencia de varios cotitulares acreedores hipotecarios, - en Derecho común, la pertenencia legal que reciben en garantía de su préstamo se articula, como sabemos, en forma de cotitularidad mancomunada, por lo que, al fallecer uno de ellos su derecho pasa a los restantes cotitulares, en virtud del ya conocido derecho de acrecer. En términos de Equidad, sin embargo, la cuota del premuerto pasa a los administradores-ejecutores de su herencia. La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 ha recogido e impuesto definitivamente una práctica dando efecto general a la cláusula de solidaridad entre los acreedores, excluyendo el criterio de mancomunidad frente al deudor, por lo que el pago íntegro a cualquiera de aquellos, libera a éste. A diferencia del Derecho anterior, ya no es precisa la concurrencia de todos los acreedores en el cobro y liberación de la carga.

La sucesión "mortis causa" en las respectivas posiciones contractuales y reales del acreedor y deudor hipoteca-

rios, no ofrecen, entre nosotros, ninguna especialidad de fondo en relación con el régimen general de la sucesión en los derechos patrimoniales. Tampoco en Derecho inglés puede hablarse, como hemos visto, de verdaderas especialidades si no de aplicación de las normas propias de la titularidad de las pertenencias legales que modifica el procedimiento general de transmisión "mortis causa" de las herencias: .

La transmisión o cesión "inter vivos" de los respectivos derechos del acreedor y del deudor hipotecario ajustan su régimen jurídico a un doble principio: autonomía de la voluntad del disponente en la medida en que sus actos no alteren los derechos del otro titular de la relación jurídica y acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor si se aspira a que la cesión que cualquiera de ellos realice vincule a ambos y no de forma parcial a cedente y cesionario. Nuestro Derecho también se nutre de estos mismos principios; - tal paralelismo no anula, como es lógico, las respectivas peculiaridades de ambos Ordenamientos jurídicos.

El deudor hipotecario puede, en cualquier momento, y sin necesidad de recabar el consentimiento del acreedor, - transmitir la finca gravada con hipoteca o, alternativamente, disponer solo, y por separado, del derecho equitativo a redimir la carga o derecho equitativo de redención.

Aunque normalmente se pacta que el adquirente de la -- finca hipotecada asume la obligación de pagar al acreedor, - descontando o reteniendo del precio el importe de la deuda, este pacto no altera para nada la responsabilidad personal del transmitente en lo tocante a su obligación de pago. Para verse libre de ella, ha de convenirse la subrogación del adquirente en la deuda, a título personal y con consenti -- miento del acreedor. Ahora bien, el pacto en cuya virtud el

adquirente de la finca se compromete, frente al deudor-transmitente, a pagar al acreedor produce, en caso se inobservancia, acción indemnizatoria en favor del deudor perjudicado. Si se ve en la necesidad de rescatar los recibos de pago de la hipoteca de manos del acreedor, hemos de pensar que su acción indemnizatoria queda respaldada, cuando menos, con una hipoteca equitativa sobre la finca vendida, de conformidad con el régimen jurídico que enseguida veremos, aplicable a quienes satisfacen deudas hipotecarias ajenas.

El adquirente, no de la finca gravada, sino sólo del derecho equitativo de redención (a efectos de constituir una segunda hipoteca equitativa) también asume, en terminos generales, la posición del deudor, sin quedar personalmente obligado al pago de la deuda ante el acreedor. Esta adquisición (la del derecho a redimir) ha de llevarse a efecto de forma expresa. Si, a través del recibo de pago del capital del préstamo resulta que quien lo satisfizo no era el deudor y titular inmediato, por ello, del derecho equitativo de redención, sino su cesionario expreso, el recibo opera como si los derechos del acreedor hubiesen sido transmitidos, en virtud de escritura pública, al que pagó, es decir, éste se subroga en la posición jurídica del acreedor resarcido, salvo pacto en contrario. Asimismo, una persona que, sin ser cesionario expreso del derecho equitativo de redención, adelante dinero con el fin de pagar un crédito hipotecario, se convierte en un cesionario equitativo de la hipoteca.

Desde el otro polo de la relación jurídica, el acreedor hipotecario también puede transmitir su derecho, por actos "inter vivos", en cualquier momento y sin que sea precisa la concurrencia del deudor para la validez de la transmisi

sión. Hay, empleo, varias razones que hacen aconsejable la presencia del deudor en el contrato transitorio: conformidad al estado de cuentas existente en el momento de la cesión del crédito hipotecario y notificación del cambio de titularidad activa para evitar que, por desconocimiento, - el deudor pague al antiguo acreedor, lo que le exime de toda responsabilidad.

La transmisión del derecho hipotecario del acreedor - consiste en la cesión del crédito y en el acto dispositivo inmobiliario de la pertenencia legal que lo garantiza. Innicialmente, ambos actos se llevaban a cabo por separado, pero ahora se ha impuesto la solución práctica de su ejecu-ción simultánea en el mismo documento: escritura pública o documento privado según la clase de hipoteca, legal o equiuitativa, de que se trate.

Al ocuparse PUIG BRUTAU (Fundamentos...; III, 3º; - pág. 161 y sgs.) de la compraventa de finca hipotecada analiza las diferencias que median entre ella y la de bienes inmuebles cuyos gravámenes no son accesorios de ninguna - obligación. En ésta, el comprador los adquiere con tales - gravámenes y el vendedor o enajenante queda libre de ellos porque sólo le afectaban como propietario de la finca o - bienes gravados. Pero cuando los bienes inmuebles están - gravados con hipoteca, esto es, con un derecho real de ga-rantía o accesorio de una relación personal entre acreedor y deudor, la venta o enajenación transfiere el gravamen al adquirente, pero no le convierte, por el sólo hecho de tal adquisición, en titular pasivo u obligado por razón de la deuda personal asegurada. La transmisión de la deuda o cambio de deudor -al igual que en Derecho inglés- no puede - efectuarse sin el consentimiento del acreedor (art. --- 1.205 del C.c.). Frente al acreedor, la situación pa-siva se habrá bifurcado y existirá un propietario de la -

finca gravada y un deudor personal de la obligación que la hipoteca garantiza.

La Ley Hipotecaria, en su artículo 118, se ocupa de - la transmisión por venta de la finca hipotecada, y del camino que puede seguir la deuda, si asunción por el adquirente de la finca o continuación a cargo del vendedor de - aquélla.

El indicado precepto legal prevé dos hipótesis que - analizaremos siguiendo la línea sistematizadora que traza ALBALADEJO (op. cit. III, 2ª págs. 295 y 296).

1ª. En caso de venta de finca hipotecada, si el vende - dor y el comprador hubiesen pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la - hipoteca, sino también en la obligación personal por ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación si el acreedor prestase su consentimiento expreso o - tácito (art. 118, 1ª). Es decir, sin el consentimiento del acreedor no puede producirse subrogación del deudor en el crédito hipotecario.

2ª. Si no se hubiere pactado la transmisión de la - obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de venta o lo hubiere retenido - (son, en realidad, dos hipótesis) y al vencimiento de la - obligación fuese ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado (L. H. art. 118, 2ª). El deu - dor no cambia, pero si el acreedor es pagado por dicho deu - dor en vez de por el comprador de la cosa, que había de sa - tisfacerle con la cantidad deducida del precio, hay una -

transmisión de la hipoteca que pasa a ser adquirida por el deudor de la primitiva deuda y a asegurar la nueva deuda - del comprador a favor del antiguo deudor.

La cesión del crédito hipotecario está admitida, en Derecho español, (Código civil, art. 1.878 y Ley Hipotecaria, art. 149) de un modo general, en las hipotecas voluntarias, y con limitación de tiempo (sólo cuando haya llegado el caso de exigir el importe del crédito) en las hipotecas legales (Ley Hipotecaria, artículo 152). Esta cesión o transmisión produce la subrogación del cesionario en todos los derechos del cedente (art. 149, 3º). Más para que origine la plenitud de efectos hipotecarios, es decir, con relación a terceros, han de cumplirse estos requisitos: 1º que, la cesión se haga en escritura pública; 2º que se dé conocimiento de ella al deudor; 3º que se inscriba en el Registro de la Propiedad (149, 3º). Si se omite la notificación al deudor, la cesión es válida, pero el deudor no queda vinculado al nuevo acreedor, y el cedente será responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por tal omisión (L. H., art. 151) (CASTAN y MARIN, op. cit. II, 2º; pág. 443).

No parece necesario insistir en la gran similitud existente, ya apuntada al principio, entre nuestro Derecho y el inglés, al regular la cesión de los derechos del acreedor y del deudor hipotecario. Sin embargo, la flexibilidad y pluralidad de cauces que el sistema inglés brinda a quienes satisfacen deudas hipotecarias ajenas, proporcionándoles una protección también hipotecaria (aunque sólo sea equitativa), carece de toda manifestación correlativa en Derecho español. En éste, la subrogación "inter vivos" en los derechos del acreedor hipotecario sólo es posible mediante la cesión formal del crédito o a favor del deudor-

vendedor que paga al acreedor a pesar de no haber percibido del comprador la parte del precio correspondiente al importe de la obligación hipotecaria existente sobre la finca vendida; es decir, el supuesto del art. 118, 2º de la Ley Hipotecaria. En los demás casos, quien paga por otro tiene únicamente la acción personal de resarcimiento que le reconoce el art. 1.158, 2º del Código Civil.

Con la elementalidad conceptual que le es propia, la doctrina inglesa define la subhipoteca como una hipoteca de otra hipoteca. Un acreedor hipotecario tiene, en virtud de ley y sin necesidad de pacto que se lo autorice expresamente, la facultad de hipotecar su derecho hipotecario. La subhipoteca es un medio, singularmente idóneo, de transmitir parte de un crédito.

El método constitutivo de la subhipoteca cuando la hipoteca base se constituye en forma de afección en pago con fuerza de hipoteca legal, o de hipoteca equitativa, es un contrato creador del segundo préstamo hipotecario y la cesión, al nuevo acreedor, por el primitivo acreedor y nuevo deudor, de la primera hipoteca como garantía de la nueva, sujeta al pacto de retrocesión, al amortizarse el segundo préstamo hipotecario. Si la hipoteca base es de carácter legal (arrendamiento real) es necesario complementar aquellos dos acuerdos, el segundo es, en este caso, una cesión del crédito por sí solo, con un tercero: un subarrendamiento (o afección en pago de carácter legal) del inmueble hipotecado sujeto a redención al cumplirse la obligación garantizada con la subhipoteca. El subarrendamiento en que consiste la subhipoteca es redimible sólo en los términos derivados de ésta, funcionando con independencia de la redención del arrendamiento real constituido al crearse la hipoteca base.

El principal efecto de la subhipoteca es situar al subacreedor hipotecario en la posición del acreedor de la hipoteca principal, pudiendo ejercitar, alternativamente, las -

facultades derivadas de la hipoteca principal o las de la subhipoteca. Si ejercita la facultad de venta de la pertenencia objeto de la garantía, que incumbe al acreedor principal y a él por título de cesión, extingue la facultad de redención de ambas cargas, la hipoteca y la subhipoteca. Pero si ejercita la facultad de venta o disposición de la subhipoteca, transmite el crédito base y la garantía inmobiliaria que lo respalda.

Caso de que el subacreedor reciba el capital del préstamo principal, ha de retroceder la pertenencia al deudor principal y una vez resarcido del importe de su crédito, el resto ha de entregarlo al subdeudor y acreedor principal.

Cuanto se lleva dicho de las subhipotecas de fincas no inscritas es sustancialmente aplicable a las afecciones hipotecarias inscritas. La subafección hipotecaria otorga a su titular las mismas facultades, de toda índole, atribuidas al acreedor principal; es decir, que se puede hablar, sin exageración, de una subrogación plena del subacreedor en la posición jurídica del acreedor.

En el número 4º del art. 107 de la Ley Hipotecaria se considera hipotecable "el derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución (mejor sería decir de la extinción) del mismo derecho". A esta figura jurídica el art. 175, 4º, del Reglamento Hipotecario, la denomina subhipoteca, que es su designación habitual, y, además, establece que "la inscripción de subhipoteca, constituida sin los requisitos del art. 149 de la Ley (es decir, notificación al deudor principal), podrá cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del subhipotecante. Si se hubiere -

practicado tal notificación, será necesario, además, el consentimiento del subhipotecario o la consignación de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuese igual o inferior a la garantizada por la hipoteca (ROCA SASTRE; op. cit. IV, 1º; pág. 412).

La parquedad normativa de la Ley y Reglamento Hipotecario ha dado ocasión para que la jurisprudencia emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado puntualice determinados aspectos del régimen jurídico de las subhipotecas. Entresacamos algunos:

1º. El subhipotecante o acreedor en la hipoteca base y deudor en la subhipoteca no se desprende de su derecho, y - por ésto no sólo puede reclamar hipotecariamente y percibir el importe de su crédito, sino que una vez satisfecho éste por el dueño de la finca y primitivo deudor, debe cancelar el gravámen por reputarse hecho el pago a persona legítima (R. de 19.6.1888).

2º. Esto no es obstáculo a que el acreedor subhipotecario pueda dirigirse, en su caso, contra el mismo inmueble y subrogándose en el lugar del deudor subhipotecario instar la enajenación de la garantía, con lo cual no se niega el derecho del primer acreedor sobre la hipoteca (R. de 19.6.1888).

3º. No hay precepto alguno que obligue a los otorgantes de las escrituras de subhipoteca a dar conocimiento de ésta al primitivo deudor. La omisión de este requisito, que es una conveniencia y no una necesidad jurídica "strictu sensu", no es motivo para denegar la inscripción de la escritura de subhipoteca (R. 14.5.1903).

42. Entre la subhipoteca, derecho real en cuya virtud se sujeta un crédito hipotecario al cumplimiento de una obligación, y la cesión del mismo derecho, hay unas diferencias casi tan esenciales como las existentes entre la transferencia de la propiedad de una finca y el gravámen hipotecario que sobre la misma puede constituirse, de suerte que, si bien por vía ejecutiva el acreedor subhipotecario puede llegar a obtener la adjudicación del crédito hipotecario, mientras esto no suceda es incorrecto hablar de subrogación (R. de 14.9.1927).

No obstante, si prestamos crédito a la más autorizada doctrina española (ROCA SASTRE, op. cit., IV, 1º, págs. 416 y sgs.) la afirmación contenida en el párrafo inmediatamente anterior sólo podemos aceptarla con muchas cautelas y reservas. Efectivamente, ante el silencio, ya comentado, que nuestro Código civil y la misma Ley Hipotecaria guardan acerca de la regulación de la subhipoteca, ROCA SASTRE, inspirándose en el criterio del Derecho romano sobre el "subpignus", sostiene que en la subhipoteca se produce una especie de subrogación del acreedor subhipotecario en orden al ejercicio del derecho de hipoteca del deudor subhipotecante, subrogación que viene a significar el juego de la "utilis hypothecaria actio". En suma, esta especie de subrogación "ex lege" situa al acreedor subhipotecario "in locum creditoris", esto es, en la posición jurídica del acreedor hipotecario.

El Derecho inglés, en su construcción de la subhipoteca, ha prescindido de toda ambigüedad y con una audacia de la que no dieron muestras nuestros legisladores, ha optado por exigir la cesión del crédito hipotecario (con la consi

guiente notificación al primitivo deudor como requisito indispensable para alcanzar la plenitud de sus efectos) en cuanto mecanismo obligado para la constitución de la subhipoteca. De este modo, y sin perjuicio de la oportuna retrocesión del crédito hipotecario base en caso de cumplimiento de la obligación garantizada con la subhipoteca, el acreedor subhipotecario se subroga contractualmente y en forma ordinaria, y no legalmente y de forma especial, como ocurre en nuestro sistema, en la posición jurídica del acreedor hipotecario que subhipoteca su derecho.

Esta diferencia de planteamientos contiene la explicación de por qué la subhipoteca se estudia, en Derecho inglés, como un supuesto más de modificación subjetiva de la relación jurídica hipotecaria. *

- o - o - o -

Estudiaremos, por separado, cada uno de los tres supuestos enunciados en el epígrafe.

5.1. Transmisión "mortis causa" (devolution of mortgages).

Atendiendo, en primer lugar, al caso de fallecimiento del deudor hipotecario, anotemos que su derecho equitativo de redención (mortgagor's equity of redemption) que siempre fué catalogado entre los de naturaleza real, y, su pertenencia legal o derecho real sobre la finca hipotecada, se transmiten al heredero o legatario del mismo modo que cualquier otro derecho análogo. A menos que el deudor disponga en su testamento lo contrario, - su heredero y su legatario están facultados para solicitar de los administradores-ejecutores de la herencia la cancelación de la hipoteca constituida sobre la pertenencia del causante, quedando así la finca libre de la carga.

En la transmisión de derechos que acompaña al fallecimiento del acreedor hipotecario, hemos de distinguir entre causante acreedor único y causante en caso de cotitularidad de acreedores.

Antes de promulgarse la Ley de Contratación Inmobiliaria - (Conveyancing Act) de 1881, el derecho del acreedor hipotecario único, a falta de disposición testamentaria específica, se transmitía a su heredero o a sus administradores-ejecutores, según - que el derecho hipotecario en cuestión adoptase la forma de pertenencia plena o menos plena (v. 2. de este mismo capítulo). Pero como la esencia del derecho del acreedor residía en la recuperación del dinero asegurado con la hipoteca, el crédito hipotecario llegó a ser considerado, en todo caso, propiedad personal (Thornborough v. Baker, 1675) que pasaba a los administradores-ejecutores, por lo que en el caso de la hipoteca de la pertenencia plena inmobiliaria, el heredero quedaba, en cuanto a -

la titularidad, con fines de garantía, sobre el predio, asimilado a un fiduciario del administrador-ejecutor de la herencia - (Drayton v. Loveridge, 1902). En esta compleja situación de titularidades compartidas, si el deudor deseaba levantar la carga, - había de entregar el importe del préstamo o deuda a los administradores-ejecutores testamentarios o intestados y ejercitar el - derecho de retraer la pertenencia plena contra el heredero o legatario designado. Aparte de que este mecanismo jurídico exigía la formalización de dos distintos negocios jurídicos, el desenlace podía resultar singularmente complicado en los casos en que - el acreedor-causante con prole numerosa instituía herederos de - la finca hipotecada, por partes iguales, a todos sus hijos, lo - que hacía precisa la concurrencia de todos ellos en el otorgamiento de la escritura de retroventa.

A fin de obviar estos inconvenientes, la mencionada ley de 1881, ratificada por la de Administración de Pertenencias de 1925, dispuso, para los acreedores hipotecarios únicos fallecidos con posterioridad a la entrada en vigor de la primera de las indicadas leyes, que la pertenencia legal que ostentasen como respaldo de su crédito, había de recaer, en todo caso, en los administradores-ejecutores de la herencia del acreedor. Aquellos, actúan en su peculiar condición de fiduciarios para venta que les es propia (v. 2.2., parte IV, capítulo III).

Cuando el fallecimiento afectaba a uno entre varios cotitulares en concepto de acreedores hipotecarios (death of one of several mortgages), hemos de recordar que, en términos de Derecho común, si dos o más personas prestatarias recibían la pertenencia legal inmobiliaria, como garantía del préstamo, quedaban investidas de la cotitularidad mancomunada o en mano común (joint tenants) sobre ella. Por consiguiente, al producirse el óbito de uno de los cotitulares, su derecho real inmobiliario pasaba, en

virtud del derecho de acrecer ("ius accrescendi"; v. 6.1.1.1., - parte II, cap. III), a los demás cotitulares, pudiendo éstos, es decir, los supervivientes, otorgar la escritura de retroventa o retrocesión a favor del deudor hipotecario, cuando éste pagaba la deuda. En cuanto a la titularidad de las hipotecas legales se ha de considerar que subsiste la cotitularidad mancomunada y, por añadidura, el "ius accrescendi".

En términos de Equidad existía, no obstante, una presunción de cotitularidad por cuotas cuando dos o más personas prestan con garantía hipotecaria. Por tanto, si uno de los cotitulares fallecía, salvo pacto expreso en contrario, su cuota pasaba a los administradores-ejecutores de su herencia y si el deudor pagaba, aquéllos habían de ser llamados al otorgamiento de la escritura de cancelación.

En la práctica contractual hipotecaria se fué generalizando la inclusión de una cláusula de solidaridad ("joint account clause"; v. 4.1. de este mismo capítulo), en cuya virtud, y en lo concerniente al pago de la deuda, se excluía el criterio de mancomunada, por lo que el pago íntegro de aquélla a uno de los coacreedores -aún cuando hubiere fallecido alguno- liberaba al deudor. Esta disposición contractual se convirtió en norma jurídica general en virtud de lo preceptuado en la Ley de Contratación Inmobiliaria (Conveyancing Act) de 1881, ratificada por la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, disposiciones legales que, no obstante, sólo se aplican supletoriamente, es decir, dejando a salvo lo pactado. Insistamos, de todos modos, en que esta solidaridad ante el hecho del pago es un mecanismo contractual, que no afecta a la posición de los acreedores "inter se", por lo que si éstos son parte beneficiaria o directamente interesada en el préstamo y no simples fiduciarios, los supervivientes han de tener en cuenta, en cuanto a su cuota, a los admi

nistradores-ejecutores del fallecido (Re Jackson, 1887). La cláusula de solidaridad para el pago, aún cuando ya no resulta estrictamente necesaria al haber sido elevada al rango de norma legal, se inserta a menudo en los contratos "ex abundantia cautela".

5.2. Transmisión "inter vivos".

Se hace preciso, también aquí, plantear el tema distinguiendo entre la transmisión de los derechos del deudor (transfer of equity of redemption "inter vivos") y la de los del acreedor - (transfer of mortgagee's rights "inter vivos").

El deudor hipotecario puede, en cualquier momento y sin que medie consentimiento del acreedor, transmitir la finca gravada - con hipoteca. Ahora bien, ello no altera para nada su responsabilidad personal en cuanto al pago de la deuda garantizada (Kinnaird v. Trollope, 1888). Normalmente, en el contrato de transmisión - de la propiedad inmobiliaria, el deudor-transmitente suele incluir una estipulación imponiendo al adquirente que descuenta o retenga la deuda del importe del precio, la obligación de indemnizar al transmitente si éste paga al acreedor en lugar del adquirente, obligación indemnizatoria que, por otra parte, la jurisprudencia ha declarado implícita (Bridgman v. Daw., 1891). La obligación indemnizatoria queda respaldada por la propia hipoteca en los términos que veremos más adelante.

Al deudor que aspire a vender el predio liberándose de la carga hipotecaria, se le ofrecen estas alternativas: la amortización de la deuda, la subrogación del adquirente en la deuda a título personal, con consentimiento del acreedor o la consignación judicial suficiente, a juicio del Tribunal, del importe de lo adeudado, al amparo de lo previsto sobre el particular en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

El adquirente, no de la finca gravada, sino sólo del derecho equitativo de redención (*equity of redemption*), también asume, en términos generales, la posición del deudor; pero por su simple condición de cesionario del indicado derecho equitativo, no queda personalmente obligado, ante el acreedor, al pago de la deuda (*Re Errington, 1894*), sin perjuicio del eventual convenio que, a tal fin, establezcan el cesionario y el deudor cedente. Esta adquisición (la del derecho a redimir) y su ejercicio produce en favor del adquirente, los efectos que más abajo examinaremos. La adquisición de este derecho puede tener como causa la creación de una segunda hipoteca equitativa sobre derechos reales de esta clase (derechos reales limitadamente heredables, por ejemplo) siempre que la garantía ofrecida sea, a juicio del segundo acreedor, suficiente para cubrir el importe de ambas - deudas.

Un acreedor hipotecario puede transmitir su derecho, por - actos "inter vivos", en cualquier momento y sin que sea precisa la concurrencia del deudor para la validez de la transmisión. - Hay, empero, varias razones que hacen aconsejable la presencia del deudor. Conviene al nuevo acreedor que aquél dé su conformidad al estado de cuentas existente en el momento de la cesión - del crédito hipotecario, es decir, a la cantidad pendiente de - amortización (*Turner v. Smith, 1901*), y que tenga conocimiento del cambio de titularidad activa de la relación crediticia en - el mismo momento de producirse o enseguida, para evitar que el deudor, por desconocimiento, pague al antiguo acreedor, lo que le exime de toda responsabilidad, si no tiene conocimiento real o supuesto ("actual or constructive notice"; v., por analogía, 4.4.2., cap. II) antes de efectuar el pago (*Dixon v. Smith, - 1901*).

La transmisión del derecho hipotecario del acreedor consiste en la cesión del crédito y en el acto dispositivo inmobilia-

rio de la pertenencia legal que lo garantiza. Primitivamente, am bos actos se llevaban a efecto por separado, pero la lógica económica comercial y documental ha impuesto la solución práctica de que ambos se realicen simultáneamente y en la misma escritura so lemne: primero, cediendo el crédito y la facultad aneja de de man dar su pago, y luego, transmitiendo la pertenencia legal sobre el inmueble sujeto al derecho equitativo de redención que asiste al deudor. Asimismo, la constancia de la transmisión en escritura so lemne proporciona al adquirente la titularidad de todos los pactos, derechos y privilegios relacionados o no con la finca - que ostentare el acreedor hipotecario en su calidad de tal.

Con independencia de esto, la escritura es necesaria en el caso de hipoteca legal, pues de otro modo la pertenencia legal - seguiría estando en manos del transmitente; tratándose de hipoteca de un derecho equitativo, su transmisión ha de hacerse, al me nos, por escrito.

Si, a través del recibo de pago del capital del préstamo, - resulta que quien lo satisfizo no era el deudor y titular inme - diato, por ello, del derecho equitativo de redención, sino su ce sionario expreso, el recibo opera como si los derechos del acree dor hubiesen sido transmitidos, en virtud de escritura pública, al que pagó, es decir, éste se subroga en la posición jurídica - del acreedor resarcido, a menos que expresamente se hubiere dis - puesto otra cosa o se tratase de capital en metálico u otro pago de índole similar efectuado por administradores-ejecutores de - una herencia o fiduciarios de algún tipo. La hipoteca también - subsiste, en éstos o parecidos términos, en favor del deudor - hipotecario que vende, al que se le retiene o descuenta el impor te del precio y que, sin embargo, luego se vé obligado a pagar - al acreedor. Asimismo, una persona que adelanta dinero con el - fin de pagar un crédito hipotecario, dinero que efectivamente se aplica a la finalidad prevista, aunque no haya transmisión efec -

tiva de la hipoteca a su favor, se convierte en un cesionario - equitativo de la misma y queda facultado para mantenerla "viva" en su beneficio (Chetwynd v. Allen, 1899; Butler v. Rice, 1910; Ghana Commercial Bank v. Chandiram, 1960).

En el caso de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo para la Vivienda (Building Societies), la peculiar relación existente entre el deudor, en cuanto miembro de la Asociación, y ésta y la - especial forma de la hipoteca (que incorpora al contrato las normas reglamentarias de la Entidad), impide que el crédito hipotecario sea libremente transmisible, a menos que se pacte explícitamente, o el deudor acceda a ello con posterioridad a la celebración del contrato (Sun Building Society v. Western Suburban and Harrow Road Building Society, 1920). Lo único que la Asociación puede transmitir, faltando el pacto o la conformidad del deudor, es el crédito pero no su garantía real (Re Rumney and Smith, 1897). Y aún en el supuesto de que la hipoteca sea transmisible, el cesionario no puede ejercitar ninguna de las facultades que son atributo del peculiar "status" de las Asociaciones (Sun Building Society v. Western Suburban and Harrow Road Building Society, 1921). Conviene por ello, si se pacta la posibilidad de la transmisión, definir con claridad las facultades del eventual adquirente.

5.3. Subhipotecas (submortgages).

Una subhipoteca puede ser definida como una hipoteca de otra hipoteca. Una subhipoteca de una hipoteca que garantiza ₡ 1.000, constituida a su vez, la primera, para respaldar el cobro de un préstamo de ₡ 600, consiste, en sustancia, en un pacto para la devolución de esta última cantidad y de sus intereses y en la cesión del crédito hipotecario de ₡ 1.000 como garantía, con un pacto complementario para su retrocesión al cedente supuesto el pago de las ₡ 600 y de sus intereses. Un acreedor hipotecario -

tiene, en virtud de la ley y sin necesidad de pacto que se lo autorice expresamente, la facultad de hipotecar su derecho hipotecario (Re Tahiti Cotton, 1874; France v. Clark, 1884). La subhipoteca es un medio, singularmente idóneo, para transmitir parte de un crédito.

En cuanto a la forma utilizada para constituir una subhipoteca antes de 1926, era, al igual que en los demás casos de transmisión de hipoteca, una cesión del crédito acompañada de un contrato de transmisión del predio hipotecado. Así, la subhipoteca, continuando con el ejemplo pecuniario antes visto, se componía - de estas tres operaciones jurídicas: un convenio para el pago - por el subdeudor al subacreedor de ₡ 600 y sus intereses; una cesión de aquél a éste del crédito hipotecario de ₡ 1.000 sujeto a pacto de retrocesión del crédito y su garantía al amortizarse las ₡ 600 y sus intereses, y, finalmente, un contrato solemne (conveyance) de transmisión de la pertenencia plena del predio hipotecado sujeto al derecho de retroventa, del deudor primitivo, al - ser satisfechos ambos créditos. Este es, ahora, en líneas generales, el método constitutivo cuando la hipoteca base se constituye en forma de afección en pago con fuerza de hipoteca legal - ("charge by way of legal mortgage"; v. 3.1.2. de este mismo capítulo), o de hipoteca equitativa, si bien simplificado por cuanto la subhipoteca puede quedar constituida mediante el pacto de pagar las ₡ 600 y sus intereses y la transmisión de la hipoteca - por las ₡ 1.000, sujeto al pacto de retrocesión, si la primera - de estas deudas queda pagada. La tercera de estas operaciones es innecesaria por cuanto en las hipotecas de esta clase no hay - transmisión de pertenencia alguna con fines de garantía.

Ahora bien, este sistema no es practicable cuando la hipoteca base, siendo de carácter legal, se configura, además, como un arrendamiento real, puesto que el subdeudor hipotecario es titular de una pertenencia menos plena o derecho arrendaticio real y

por ello sólo puede hipotecar su derecho mediante un subarrendamiento real o una afección en pago con fuerza de hipoteca legal. De aquí que la subhipoteca debe constar de tres pactos, de acuerdo con el antiguo uso constitutivo, los dos primeros iguales pero diferente la tercera: un subarrendamiento (o afección en pago de carácter legal) del inmueble hipotecado sujeto a redención al cumplirse las obligaciones garantizadas con la subhipoteca. Anotemos que el subarrendamiento en que consiste la subhipoteca es redimible sólo en los términos derivados de ésta, funcionando con independencia de la redención del arrendamiento real constituido al crearse la hipoteca base; son dos derechos distintos y a pesar de recaer sobre la misma finca, pueden tener vida independiente.

Una subhipoteca equitativa puede ser constituida mediante depósito de la escritura solemne de hipoteca o, si la hipoteca principal es equitativa, mediante un segundo depósito de los títulos dominicales del predio objeto de ambos derechos de garantía (Re Hildyard, 1842) con o sin memorandum o nota escrita que lo acompañe.

Cumplida la formalidad de constitución de la subhipoteca en escritura pública, el principal efecto de la misma es situar al subacreedor hipotecario (submortgagee) en la posición del acreedor de la hipoteca principal, pudiendo ejercitar, alternativamente, las facultades derivadas de la hipoteca principal o las de la subhipoteca. Supuesto que ejercite la facultad de venta o disposición (power of sale) de la pertenencia objeto de la garantía, que incumbe al acreedor principal y a él por título de cesión, extingue la facultad de redención de ambas cargas, la hipoteca y la subhipoteca. Pero si ejercita la facultad de venta o disposición de la subhipoteca, transmite el crédito base y la garantía inmobiliaria que lo respalda. Inicialmente se dudó (Cruse v. Nowell, 1856) de que el subacreedor hipotecario

pudiera ejercitar la facultad de venta del acreedor principal, pero las vacilaciones jurisprudenciales quedaron disipadas posteriormente tanto en la doctrina jurisprudencial (Re Burrell, 1870) como en los textos legales (Law of Property Act, 1925).

Caso de que el subacreedor reciba el capital del préstamo principal, ha de retroceder la pertenencia al deudor principal y una vez resarcido por razón de su crédito, incluidos todos los pagos legítimos complementarios, el resto ha de entregarlo al subdeudor y acreedor principal. Puesto que el acreedor principal responde ante el subacreedor por razón del crédito que le cede, éste ha de solicitar el concurso de aquél para proceder a su demanda judicial (Gurney v. Seppings, 1846). Pero todo contrato de subhipoteca bien redactado contiene una estipulación relevando al subacreedor hipotecario del cumplimiento de tal requisito previo para la interposición de la acción o ejercicio de la facultad dispositiva, y relevándole, asimismo, de cualquier responsabilidad por los perjuicios que eventualmente puedan derivarse, para el acreedor principal, por la omisión de su concurso.

Las hipotecas de fincas inscritas, concretamente las afecciones hipotecaris inscritas (registered charges) (v. 3.2.2. de este mismo capítulo), pueden constituir el objeto de una nueva carga hipotecaria, es decir, de una subafección inscrita, de conformidad con lo prevenido en la Ley y Reglamento de Registro Inmobiliario (Land Registration Act and Land Registration Rules) de 1925. Al inscribirse la subafección, lo que es preceptivo, se expide una certificación de la misma que desempeña la función de título en favor del subacreedor. Este goza, en relación con el inmueble, de las mismas facultades de realización de la garantía que el acreedor hipotecario principal. La transmisión y cancelación de su derecho se rige por las mismas normas aplicables a la afección hipotecaria principal. La subafección hipotecaria otorga a su titular las mismas facultades de toda índole atribuidas al acreedor principal, tanto respecto a éste (parte contratante) como frente

a terceros, de alguna manera vinculados o relacionados por la -afección principal; es decir, que se puede hablar, sin exageración, de una subrogación plena del subacreedor en la posición jurídica del acreedor, así en naturaleza como en su intensidad, y también en su cuantía si el importe y demás condiciones de ambos créditos, son coincidentes. De otra parte, la pluralidad de subafecciones hipotecarias constituidas sobre una misma afección se ordenan, en cuanto a su rango o prelación, por criterio idéntico al que rige para las afecciones principales: fecha de acceso al Registro y no fecha de constitución.

Una subafección hipotecaria equitativa puede constituirse -mediante depósito del certificado de la afección hipotecaria correspondiente. La anotación registral del depósito debe solicitarse expresamente para su debida constancia, como oposición cautelar, en la inscripción del título de la pertenencia hipotecariamente gravada.

Al referirnos al rango o prioridad entre varias subhipotecas o subafecciones, hemos admitido implícitamente la posibilidad de su existencia. Tanto si afectan a inmuebles inscritos como a inmuebles al margen de esta beneficiosa situación jurídica, su constitución y efectos son similares a los de las primeras -subhipotecas o subafecciones, estudiadas en los párrafos precedentes.

La cancelación de una subhipoteca legal o de una subafección inscrita se lleva a efecto mediante el llamado recibo legal (statutory receipt) de la cantidad adeudada, de cuyo estudio nos ocuparemos en lugar oportuno (v. 9 más adelante). Una subhipoteca -informal -la no constituida en escritura solemne, según ya tenemos dicho- puede ser cancelada, simplemente, mediante devolución del depósito (redelivery) de los documentos, si no hubo documento privado o memorandum complementario, y recibo privado si lo hubo. La cancelación ha de notificarse, en todo caso, al deudor de la hipoteca.

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

CAPITULO IV

EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES

EPIGRAFES 6 Y 7 (7.1 A 7.3)

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

MADRID, 1977

S U M A R I O P A R T I C U L A R

Capítulo IV

Pág.

EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES

6. DERECHOS DEL DEUDOR HIPOTECARIO (rights of the mortgagor).	981
* COMENTARIO	981
TRATADO	994
6.1. El derecho equitativo de redención (the equity of redemption).	994
6.1.1. Consideraciones generales.	994
6.1.2. Naturaleza y Transmisibilidad.	996
6.1.3. Inviolabilidad del derecho equitativo de redención (inviolability of the right of redemption).	998
6.1.4. Normas equitativas sobre pactos complementarios (equitable rules concerning collateral advantages).	1002
6.1.5. Ejercicio del derecho equitativo de redención.	1003
6.2. Facultades del deudor hipotecario que permanece en posesión de la finca (rights of a mortgagor who remains in possession).	1009
6.2.1. Facultad de constituir arrendamientos reales válidos (right to grant valid leases)	1011
6.2.2. Facultad de aceptar la renuncia de los arrendatarios (right to accept surrenders of leases).	1014
7. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO (rights of the mortgagor).	1016
* COMENTARIO	1016
TRATADO	1075
7.1. Enumeración y ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario (the exercise of the remedies).	1075
7.1.1. Protección de la garantía (protection of the security).	1075

7.1.2. Acciones para hacer efectiva la garantía (enforcement of the security).	1077
7.2. Limitaciones en el ejercicio de las acciones (restrictions on suing).	1081
7.2.1. Consideraciones generales.	1081
7.2.2. Supuestos especiales.	1083
7.3. Prescripción extintiva de acciones hipotecarias (limitation of actions).	1092
7.3.1. Acciones para recobrar el principal ga- rantizado (actions to recover money charged on property principal).	1092
7.3.2. Acciones para exigir el pago de los inte- reses (actions to recover money charged on property: arrears of interest).	1093
7.3.3. Acción extintoria del derecho equitativo de redención (foreclosure).	1096
7.3.4. Acción posesoria (possession).	1099
7.3.5. Pago parcial y reconocimiento del crédito (part payment and acknowledgment).	1100

./.

- - - - -

6. DERECHOS DEL DEUDOR HIPOTECARIO (rights of the mortgagor)

- o - o - o -

La mayor complejidad, en Derecho inglés, del estatuto jurídico activo del hipotecante, normalmente, el deudor hipotecario, obliga a los tratadistas a reservar espacio propio al estudio de sus derechos sobre la cosa hipotecada. La relativa amplitud con que la doctrina inglesa trata el tema, contrasta fuertemente con la escasa atención que le prestan nuestros autores. Esta posición tan dispar es lógica consecuencia de la sencillez y claridad de nuestro sistema hipotecario en el -- que el hipotecante no es, ni mas ni menos, que el dueño de un inmueble sujeto a una carga o gravamen en forma de derecho real a favor de un tercero, es decir sobre cosa ajena o "in alieno solo", si adoptamos el punto de vista del titular de la hipoteca y nunca el transmitente de derechos cuasidominicales sobre la finca hipotecada, como sucede en Derecho inglés.

Los derechos inmobiliarios del deudor hipotecario normal o dueño de la pertenencia hipotecada son dos: - el derecho equitativo de redención y la titularidad de la pertenencia hipotecada; de esta última nace un haz de facultades inmobiliarias que siguen en manos del -- deudor después de constituida la hipoteca. Siempre que, en este apartado, nos refiramos al deudor hipotecario lo haremos tomando como supuesto general al que lo es

en virtud de hipoteca legal, tanto de fincas inscritas como no inscritas.

El deudor hipotecario es el titular, el dueño, - del derecho equitativo de redención, lo cual constituye un principio de capital importancia dentro del Derecho hipotecario inglés, sin equivalente institucional en nuestro sistema. Tal principio es de aplicación en todos los casos de transacción inmobiliaria que, - configurada o no como hipoteca, entrañe, como verdadera voluntad de las partes, la de garantizar el pago - de una deuda u otra obligación pecuniaria. El derecho equitativo de redención faculta al deudor para exigir al acreedor la liberación o redención de la carga hipotecaria después de vencido el breve plazo que se suele pactar para su amortización en términos de Derecho Común. A través de él, la Equidad ha pretendido impedir que una hipoteca proporcione al acreedor más facultades que las estrictamente necesarias para la defensa de su crédito. Se trata, en suma, de un veto a todo intento por parte del acreedor de abusar de su derecho, lo que constituía una permanente tentación - propiciada por los rigurosos planteamientos del Derecho Común.

A lo largo de la evolución histórica de este Derecho, la jurisprudencia, la gran fuerza creadora del Derecho Inglés, lo ha definido, sucesivamente, como - pertenencia, como derecho real inmobiliario y como un

derecho real equitativo inherente al inmueble hipotecado.

El derecho equitativo de redención, que no hay - que confundir con la facultad equitativa para redimir (V.2.2, precedente) tenía una más clara configuración institucional antes de la reforma inmobiliaria e hipotecaria de 1925, cuando el deudor transmitía la pertenencia plena al acreedor como garantía de la obligación contraída. Representaba, entonces, la expresión de las facultades inmobiliarias remanentes en manos - del deudor, tras haber dispuesto éste de su pertenencia con fines de garantía, siendo las mismas el único soporte posible para la constitución de segundas y ulteriores hipotecas.

A pesar de que en las hipotecas legales, después de 1925, la pertenencia legal permanece en manos del deudor, aquella y el derecho equitativo de redención no pueden confundirse, si bien hay que señalar la existencia de cierta polémica doctrinal sobre el tema. Por ello, aunque lo normal es que la transmisión de la pertenencia hipotecada y la cesión del derecho equitativo de redención tengan efecto simultáneamente y en favor de un mismo adquirente, no hay que descartar la hipótesis contraria, ya que cabe imaginar que convenga al deudor y a un tercero la cesión a este por aquel de - la facultad aislada de retraer o liberar la pertenencia hipotecada, subsistiendo en manos del cedente la

pertenencia, plena o menos plena, que sirvió para crear la hipoteca. Ejercitada la redención, habría una subrogación del cesionario en el crédito hipotecario. Este mecanismo es muy similar al que se produce, "ope legis", cuando se constituyen segundas y ulteriores hipotecas. Efectivamente, los segundos y posteriores acreedores son, en unión del deudor o del hipotecante no -- deudor, cotitulares solidarios del derecho equitativo de redención, ya que pueden liberar las cargas hipotecarias anteriores, no sólo cuando el primer acreedor -- ejerce alguna de las acciones tendentes a hacer efectiva la garantía, sino en cualquier momento de la vida normal o no contenciosa de la hipoteca. En cualquier -- caso, tal ejercicio por un no deudor entraña subrogación en las hipotecas liberadas.

La inviolabilidad del derecho equitativo de redención es una simple consecuencia de los principios hipotecarios según los cuales "lo constituido como hipoteca es siempre una hipoteca" y "una hipoteca no puede -- ser irredimible". Por ello, cualquier estipulación contractual que, directa o indirectamente, pretenda impedir o coartar, de algún modo, la facultad que asiste al deudor para recuperar la finca, una vez cumplida la -- obligación asegurada, repugna a la naturaleza de la hipoteca, siendo, por ello, nula de pleno Derecho.

En aplicación de este criterio hay una serie de pactos que los Tribunales declaran inadmisibles dentro

de un contrato hipotecario: limitación de la facultad de redimir al deudor y a los "herederos engendrados por su cuerpo", convenio de absoluta irredimibilidad de parte de la propiedad hipotecada y opción de compra de la propiedad hipotecada a favor del prestador, convenida en el momento de constitución de la hipoteca o de su cesión, pero no si la opción se pacta en contrato posterior e independiente.

Cuestión de notoria importancia, y de no fácil solución, es la de saber cuando la posposición contractual del derecho equitativo de redención, por un período importante, ha de estimarse como una interferencia no razonable en los derechos del deudor hipotecario. Si la hipoteca es, en esencia, una garantía real, cabe argumentar que una estipulación contractual que prolongue su existencia más allá del momento en el que el deudor pueda y quiera pagar la deuda, no tendría validez, a pesar de su aceptación, sin reparo alguno, al contratar el préstamo hipotecario. Se trata, en suma, de una cuestión de hecho, que la Jurisprudencia ha ido resolviendo en cada caso, a la luz de estos criterios generales y dejando a salvo siempre la consistencia del derecho equitativo de redención, que es incompatible con pactos que lo conviertan en algo puramente ilusorio o que restrinjan de forma no razonable la libertad de toda persona a ejercer su comercio o profesión. Con esta última referencia, entramos en el terreno de las normas equitativas sobre pactos complementarios.

Se entiende por tales las obligaciones que asume el deudor, en beneficio del acreedor, sin perjuicio de la obligación principal que contrae de amortizar el capital del préstamo y sus intereses. Un ejemplo lo constituye el deber que el dueño de un "pub", que hipoteca su establecimiento, asume de no vender en él ninguna - otra marca de cerveza que la fabricada por el acreedor hipotecario. La validez de estos pactos, en cuanto pueden dificultar el ejercicio del derecho equitativo de redención, es una cuestión cuyo tratamiento jurisprudencial es confuso. De un criterio histórico extremadamente proteccionista a favor del deudor, se ha pasado a otro más flexible, en el que la libertad de pactos tiene más juego. Esta evolución es causa determinante de que en el cuerpo de sentencias sobre la materia se adviertan graves contradicciones. La razón principal - que ha abonado el cambio de criterio jurisprudencial es la de que, en nuestros días, el deudor no necesita protección especial puesto que su imagen como persona empobrecida, al borde de la ruína, y a merced de las desmedidas ansias crematísticas del acreedor hipotecario, no pasa de ser una reliquia histórica que en otros tiempos fue válida, pero que hoy no lo es. Aquellos - principios hipotecarios, antes citados, en que se basa la inviolabilidad del derecho equitativo de redención, han de aplicarse ante circunstancias económicas totalmente diversas de las que imperaban en el momento de su formulación, y, por ello, con flexibilidad y adecuación a la situación presente. La nueva mentalidad -

jurisprudencial puede sintetizarse en la siguiente fórmula: un pacto que proporciona ventajas o beneficios complementarios al acreedor es válido y exigible, a menos que resulte agobiante y desproporcionado para el deudor o esté dirigido a impedir o estorbar indebidamente la redención de la carga hipotecaria. No olvidemos, además, que los pactos agobiantes y desproporcionados para el deudor son o pueden ser nulos por sí solos.

El ejercicio del derecho equitativo de redención es posible siempre que el deudor u otro de sus titulares no lo haya perdido en alguno de los supuestos que estudiaremos más adelante. La fecha fijada para el pago (el plazo más común es, como sabemos, el de seis meses a partir de la celebración del contrato) extingue el derecho contractual y da paso al derecho equitativo de redención. Si transcurre el plazo indicado sin que el pago se produzca, el deudor no puede pagar de nuevo sin un preaviso de seis meses o sin abonar anticipadamente los intereses correspondientes a este período. Si el anuncio del pago no va seguido de la efectividad del mismo en la fecha prevista, debe repetirse el ofrecimiento, no pudiendo ejercitarse la facultad redentora hasta que llegue la fecha anunciada o anticipando los intereses correspondientes. En suma, el deudor puede, en cualquier momento, sin perjuicio del plazo de preaviso, exigir la redención de la carga satisfaciendo el crédito y los intereses devengados y pendientes hasta la fecha de cancelación pactada o pro

rrogada y concediendo al acreedor un plazo razonable, si bien breve, para buscar o localizar las escrituras.

El equivalente institucional español que mantiene posiciones de proximidad con la facultad equitativa para redimir -que no con el derecho equitativo de redención- es la potestad que asiste al deudor, al hipotecante no deudor (art. 131, 59, 1ª) y a los acreedores hipotecarios posteriores y titulares de otras cargas o derechos reales también posteriores (art. 131, 5ª, 2ª, L-H) para, antes del remate, satisfacer el importe del crédito, intereses y cargas aseguradas con la hipoteca de la finca. La intervención de estos últimos, es decir, los posteriores, solventando la deuda, es causa de subrogación en los derechos del acreedor ejecutante, incluso en el estado en que se encuentre el procedimiento hipotecario en marcha. Téngase en cuenta, además, que por aplicación de la doctrina general del pago como causa de extinción de las obligaciones (arts. 1157 y sgs del C.C.), el mismo puede efectuarlo cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe o ya lo ignore el deudor (art. 1158 del C.C.). Si el pago de una obligación garantizada con hipoteca se pretende realizar antes de que transcurra el plazo señalado al efecto, el acreedor puede exigir, por efecto de la doctrina contenida en el art. 1.127 del C.C., que se le hagan efectivos todos los intereses

que hubieran debido producirse durante el plazo de amortización convenido. La posibilidad institucional que - el Derecho español ofrece, a cualquier persona, para - cumplir las obligaciones dinerarias y, entre ellas, - las garantizadas con hipoteca, no parece tener equiva- lente, con respecto a estas últimas, en Derecho inglés. La hipoteca, en aquellas latitudes, supone para el acreedor la adquisición de una pertenencia legal o de un de- recho de contenido equivalente. Mediante el pago, el - deudor o alguno de los otros titulares del derecho equi- tativo de redención, retraen el derecho real pertenen- cial del acreedor, por lo que el Ordenamiento jurídico no considera admisible obligar al acreedor a aceptar el pago de un tercero no interesado en dicho retracto.

El otro apartado general en que se descompone el estatuto jurídico activo del deudor hipotecario es el relativo a la titularidad de la pertenencia hipotecada. Si el acreedor no expresa su intención de tomar pose- sión de la finca (en uso de la facultad que le corres- ponde, y que estudiaremos más adelante), el deudor conserva intacta la facultad de hacer suyos los frutos y rentas del inmueble, poseer la finca y ejercitar cuan- tas acciones sean precisas para el buen fin de estas - facultades. En base a estas consideraciones generales, ha de puntualizarse que el deudor hipotecario, en - cuanto poseedor actual del predio, ostenta dos facultades importantes: constituir arrendamientos reales vá- lidos y aceptar la renuncia de sus derechos llevada a

cabo por el arrendatario. Esta referencia a facultades determinadas, no supone exclusión ni olvido de otras que están atribuídas al deudor hipotecario en cuanto dueño de la cosa hipotecada. La constitución de segundas y ulteriores hipotecas legales y la cesión o disposición de la pertenencia por actos "inter vivos" y "mortis causa", constituyen un importantísimo capítulo de su estatuto jurídico activo, que ya ha sido objeto de estudio anteriormente (V. 3 y 5 precedentes).

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 faculta al deudor hipotecario, poseedor actual de la finca, para sin consentimiento del acreedor y no obstante, obligándole, constituir arrendamientos rústicos por plazos máximos que varían entre 21 y 50 años y de edificios por períodos cuyo tope oscila entre 99 y 999 años. Además de los requisitos de objeto y de tiempo, estos contratos arrendatícios han de cumplir otras exigencias, como la fijación de una renta razonable con exclusión de cualquier cantidad alzada en concepto de prima de constitución. Las facultades arrendaticias del deudor en posesión pueden excluirse o modificarse en virtud de pacto anexo a la hipoteca.

Los arrendamientos reales constituídos por el deudor al margen de lo autorizado legal o contractualmente, son nulos para el acreedor y sus sucesores en el título, a menos que estos acepten al arrendatario como si lo fuera de ellos y no del deudor, ratificando, en

suma, lo hecho por este. Tal ratificación puede llevarse a efecto de una forma tan sencilla como la simple - percepción de la renta.

El deudor no puede, en principio, sin la concurrencia del acreedor hipotecario, aceptar la renuncia de un arrendamiento no hipotecario existente sobre el predio con anterioridad a la constitución de la hipoteca, a menos que, según lo previsto en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, la extinción se haga para dar paso a un nuevo arrendamiento constituido en ejercicio de las facultades legales que la propia ley atribuye al deudor.

En nuestro Ordenamiento jurídico, el derecho de hipoteca no priva de la propiedad al dueño del inmueble hipotecado (sea el deudor, en cuanto supuesto más normal, o un tercero) que mantiene sus derechos sobre el predio:

1° - el de poseer la finca y usar de ella y disfrutarla,

2° - el de disponer de ella a título gratuito y oneroso, aunque siempre con el gravamen de la hipoteca que, mientras subsista, es inseparable de la cosa (resolución de 2-3-1880) y,

3° - el de gravarla con otra hipoteca (Ley Hipotecaria, art. 107, n° 3°).

Las facultades 2ª y 3ª ya han sido comentadas com

parativamente con análogas posibles actuaciones del hipotecante inglés (V. anotaciones a los apartados 3 y 5) razón por la cual prescindimos de insistir sobre el tema.

La cita de la primera de las facultades enumeradas cabe ampliarla añadiendo que el dueño de la finca hipotecada puede constituir arrendamiento sobre aquélla, siempre que ello no entrañe disminución del valor del objeto de la garantía. Se entiende que hay disminución de la misma cuando, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arrienda el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Hay presunción "iuris tantum" del indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6%, no cubra la responsabilidad total asegurada. Se trata de una modalidad especial de devastación a la que, con carácter general, se refiere el art. 117 de la Ley Hipotecaria, cuyo equivalente en Derecho inglés es la acción que asiste al acreedor para proteger la garantía, como veremos al comienzo del apartado siguiente. Los remedios frente a esta devastación arrendaticia son, a instancia de parte y según decisión del Juez, alguno de estos: vencimiento del crédito, administración judicial, ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adopción de cualquier otra medida - que se estime procedente (art. 219, 2º del Reglamento Hipotecario).

Las restricciones arrendaticias que afectan al - deudor hipotecario español son cualitativa y cuantitativamente distintas de las que operan respecto a su homónimo inglés. Su libertad contractual arrendaticia no tiene más frontera que la integridad económica de la - garantía, mientras que un deudor inglés, al compartir con el acreedor la titularidad dominical de la pertenencia hipotecada, se encuentra abocado, en cuanto a la constitución de arrendamientos reales, a una situación de soberanía compartida.

En definitiva, la agilidad que caracteriza al Derecho inglés en cuanto a modalidades hipotecarias y su capacidad de incorporar todos los inmuebles al sistema de crédito territorial (V. 3 anterior y su comentario) está contrapesada con la gran complejidad del estatuto jurídico del deudor (y del acreedor, como veremos de - inmediato) lo que no ocurre en Derecho español, cuyas normas correlativas son mucho más claras y sencillas.

- o - o - o -



Son dos, fundamentalmente, que estudiaremos por separado, englobándolos en sendas rúbricas generales: el derecho equitativo de redención (the equity of redemption) y el haz de facultades que, por razón de la propiedad del predio, son inherentes al deudor, el cual, en definitiva, conserva su dominio inmobiliario.

6.1 El derecho equitativo de redención (the equity of redemption)

6.1.1. Consideraciones Generales

A través de una referencia al origen y desarrollo histórico de este derecho, contenida en el precedente subapartado 2.2., de este mismo capítulo, tomamos contacto con su existencia y con los aspectos más sobresalientes de su contenido. Nos corresponde ahora ocuparnos de él con mayor profundidad y sistema, para resaltar no su imagen histórica, ya conocida, sino los rasgos principales de la normativa jurídica por la que se rige en la actualidad.

El deudor hipotecario es el titular, el dueño, del derecho equitativo de redención, lo cual constituye un principio de capital importancia dentro del ámbito del Derecho hipotecario inglés. Este principio es de aplicación en todos los casos de transacción inmobiliaria que, configurada o no como hipoteca, entrañe, como verdadera voluntad de las partes, la de garantizar el pago de una deuda u otra obligación pecuniaria. Aparentemente, un contrato inmobiliario puede -

constituir una transmisión de la pertenencia plena, por estar redactado en términos deliberadamente amplios para dar esa impresión, pero la verdadera voluntad de las partes puede ser otra, demostrada la cual ha de producir sus verdaderos efectos. Una hipoteca no puede ser desfigurada por palabras que alteren sus peculiares efectos contractuales, a menos que se produzca una modificación o novación propiamente dicha que dé paso a un contrato de naturaleza distinta (- Jason v. Eyres, 1861). Así, un negocio jurídico inmobiliario que adopte la forma de venta de un predio que A realiza en favor de B con pacto de retro a favor de aquél, mediante pago de cantidad cierta en fecha determinada, puede ser o no una hipoteca, según la intención real de las partes - - (Williams v. Owen, 1840). La fijación de la naturaleza del contrato es de suma importancia, puesto que si efectivamente estamos ante una compraventa, el vendedor, A, pasada la fecha pactada, pierde la facultad de exigir que se cumpla - el pacto de retroventa, es decir, carece del derecho equitativo de redención.

Lo que aquí nos interesa destacar, al hilo de estas consideraciones introductorias, es que la Equidad, con el fin de evitar que una hipoteca proporcione al acreedor más facultades que las estrictamente necesarias para la defensa de su crédito, ha establecido dos importantes reglas: una, concerniente a la inviolabilidad del derecho de redención, y la otra, regulando los límites de las ventajas o beneficios accesorios o colaterales que el acreedor hipotecario puede reservarse. Pero antes de ocuparnos de estos temas, diremos

algo sobre la naturaleza y transmisibilidad del derecho - equitativo de redención.

6.1.2. Naturaleza y Transmisibilidad.

El tema, tal como antes dijimos, ya nos es conocido en base a referencias, a su origen histórico, subsistencia en la normativa vigente (v. 2.2, 2.3 y 2.5 precedente) y a ciertas normas sobre su transmisibilidad (v. 5.2 anterior). Además las referencias al derecho equitativo de redención menudearán a lo largo de la exposición de los siguientes - apartados del presente capítulo.

No obstante, con el fin de aproximarnos de forma más global y sistemática a esta curiosa e importante institución jurídica, nos detendremos en hacer algunas consideraciones generales sobre su naturaleza jurídica y transmisibilidad, aún cuando con ello incurramos en alguna reiteración respecto a conceptos ya enunciados o pendientes de exposición.

El derecho equitativo de redención ha sido descrito - como una pertenencia (Casborne v. Scarfe, 1738; Re Sir Thomas Spencer Wells, 1933; Swinburne-Hanham v. Howard, 1933) como un derecho real inmobiliario (Lloyd v. Lauder, 1821) y como un derecho equitativo inherente al inmueble hipotecado (Pawlett v. A.G., 1667). A pesar de que, en Derecho común, el deudor transmitía su pertenencia al acreedor, en Equidad, aquél seguía siendo considerado dueño del predio, sujeto, -

eso sí, a respaldar con el la efectividad de la obligación hipotecaria. Aun cuando era un derecho estrictamente equitativo y, por ello, ejercitable solo en términos de Equidad, lo cierto es que su existencia también fue reconocida por el Derecho común, habiéndose admitido su transmisibilidad "inter vivos" y "mortis causa".

A pesar de que en las hipotecas legales, después de 1925, la pertenencia legal permanece en manos del deudor, aquella y el derecho equitativo de redención no pueden confundirse. Se ha argumentado en contra que, puesto que el deudor tiene una pertenencia legal sobre la finca hipotecada, no puede ser titular, simultaneamente, de una pertenencia equitativa sobre el mismo inmueble; en consecuencia, se afirma que en las hipotecas legales sólo subsiste la facultad equitativa para redimir (v. 2.2. anterior), inseparablemente unida a la titularidad de la pertenencia legal, hipotecada. Sin embargo, las opiniones doctrinales más sólidas son contrarias a dicha confusión y, por lo tanto, favorables a la subsistencia del derecho equitativo de redención como un derecho real autónomo.

Por ello, aunque lo normal es que la transmisión de la pertenencia hipotecada y la cesión del derecho equitativo de redención tengan efecto simultaneamente y en favor de un mismo adquirente, no hay que descartar la hipótesis contraria, es decir, la cesión independiente del derecho equitativo de redención, incluso del surgido en las hipotecas legales. En suma, cabe imaginar que convenga al deudor y a

un tercero, la cesión de aquél a éste de la facultad aislada de retraer o recuperar la pertenencia hipotecada (arrendamiento real, por ejemplo) subsistiendo en manos del cedente la pertenencia plena de la que aquella se desgajó a efectos de garantía. Ejercitada la redención, habría una subrogación del cesionario en el crédito hipotecario. Este mecanismo es muy similar al que se produce "ope legis" cuando se constituyen segundas y ulteriores hipotecas. Efectivamente, los segundos y posteriores acreedores son, en unión del deudor, cotitulares solidarios del derecho equitativo de redención, ya que pueden liberar las cargas anteriores no sólo cuando el primer acreedor ejercita alguna de las acciones tendentes a hacer efectiva la garantía, sino en cualquier momento de la vida normal o no contenciosa de la hipoteca. En cualquier caso, tal ejercicio entraña subrogación en las hipotecas liberadas. Lo que sí parece claro es que, en Derecho inglés, la redención o liberación de la hipoteca no puede ser exigida al acreedor sino por quien sea el titular del derecho equitativo correspondiente.

6.1.3. Inviolabilidad del derecho equitativo de redención (inviolability of the right of redemption).

Puesto que la finalidad de la hipoteca consiste, simplemente, en proporcionar al acreedor hipotecario la seguridad de que será resarcido de su crédito, cualquier estipulación contractual que, directa o indirectamente pretenda impedir o coartar, de algún modo, la facultad que asiste al deudor para recuperar su finca, una vez cumplida la obliga-

ción asegurada, repugna a la naturaleza de la hipoteca, - siendo, por ello, nula de pleno Derecho (Biggs v. Hoddinott, 1898). Este principio se sintetiza en el aforismo jurídico "lo constituido como hipoteca es siempre una hipoteca" -- (once a mortgage always a mortgage), y el ejemplo más obvio de su infracción es el pacto que otorga al deudor una facultad de redención puramente ilusoria o muy remota. Tal ocurre cuando en una hipoteca por plazo de 20 años se pospone el ejercicio de la facultad de redención hasta que hayan transcurrido 19 años y 46 semanas del período contractual - convenido (Fairclough v. Swan Brewery Co., Ltd., 1912). Este pacto convierte la propiedad en prácticamente irredimible y la jurisprudencia estableció, en ésta y en otras varias ocasiones, el criterio de que la facultad de redención ha de ser ejercitable en época contractual más temprana, criterio en el que, no obstante, se han advertido algunas vacilaciones (Santley v. Wilde, 1899).

Además, los Tribunales rehusan aprobar cualquier pacto que indebidamente restrinja la facultad de redención, - aún sin llegar a impedirla totalmente. Cada uno de los ejemplos siguientes refleja un pacto que ha sido declarado contradictorio e incompatible con la naturaleza propia de un contrato de hipoteca:

1°.- Convenio en cuya virtud la redención de la hipoteca sólo sería factible para el deudor hipotecario y los "herederos engendrados por su cuerpo" ("heirs of his body"; v. 3.1., parte II, cap. III) y para nadie más (Howard v. -

Harris, 1681; Salt v. Northampton -Marquis-, 1892).

2°.- Convenio que hace absolutamente irredimible parte de la propiedad hipotecada (Davis v. Symons, 1934).

3°.- Convenio cuyo efecto, supuesto el fallecimiento del deudor antes que su padre, sería el de que el predio - objeto de la garantía pasaría al dominio pleno del acreedor hipotecario (Salt v. Northampton -Marquis-, supra).

4°.- Opción de compra de la propiedad hipotecada a favor del prestador, convenida en el momento de constitución de la hipoteca (Samuel v. Jarrah Timber and Wood Paving - Corpn., Ltd., 1904) o de su cesión (Lewis v. Frank Love, Ltd., 1961). La opción es, no obstante, válida si se pacta en un - contrato posterior e independiente, aunque el precio previsto sea exclusivamente la condonación de la deuda garantizada (Reeve v. Lisle, 1902).

Cuestión de notoria importancia, y de no fácil solución, es la de saber cuándo la posposición contractual del derecho equitativo de redención, por un período considerable, ha de estimarse como una interferencia no razonable - en los derechos del deudor hipotecario. Si la hipoteca es, en esencia, una garantía real, cabe argumentar que una estipulación contractual que prolongue su existencia más allá - del momento en que el deudor pueda y quiera pagar la deuda, no tendría validez, a pesar de su aceptación, sin reparo - alguno, al contratar el préstamo hipotecario. Sin embargo, matizando esta doctrina, en el supuesto contemplado en la

causa "Knightsbridge Estates Trust Ltd. v. Byrne", 1939, - se falló que la suspensión o aplazamiento del derecho equitativo de redención, voluntariamente admitida por el deudor, sin verse obligado a ello por las circunstancias concurrentes en el momento de la contratación, sino beneficiándose - de un abaratamiento de la tasa de interés a cambio del compromiso de no solicitar la redención del préstamo durante cuarenta años, es un pacto plenamente válido que no entraña violación del derecho equitativo de redención.

De todos modos, en el contexto de la doctrina jurisprudencial sobre la materia, la sentencia que acabamos de comentar constituye más bien un supuesto aislado. El principio de que el derecho equitativo de redención es consustancial con la hipoteca tiene solemne formulación jurisprudencial (Noakes & Co., Ltd. v. Rice, 1902); por ello, las estipulaciones posponiendo el ejercicio del derecho a redimir - únicamente son válidas si no convierten dicho derecho en algo puramente ilusorio (cual ocurrió en el caso "Fairclough v. Swan Brewery Co., Ltd.", 1912), ni constituyen una estratagema para impedir su ejercicio (tal como pasó en el supuesto de hecho de la causa "Davis v. Symons", 1934) o "de facto" éste resulte agobiante o desproporcionada (Knightsbridge etc...; supra)

Tengamos presente, finalmente, que la hipoteca está - sujeta a la doctrina jurídica general que invalida cualquier contrato o pacto que restrinja de forma no razonable la libertad de toda persona a ejercer su comercio o profesión. -

Puede ocurrir, por lo tanto, que el aplazamiento del ejercicio del derecho a cancelar el préstamo y redimir la carga no sea "per se" opresivo, pero tenga tal carácter si va acompañado de una restricción de las actividades mercantiles del deudor. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una finca en la que está instalada una gasolinera se hipoteca a favor de los suministradores del combustible que en ella se vende y los deudores aceptan que no ejercitarán el derecho equitativo de redención durante un plazo de 21 años, comprometiéndose, a lo largo de igual período, a no vender ni comprar más combustible que el que les proporcionen los acreedores (Esso Petroleum Co., Ltd. v. Harper's Garage (Stourport), Ltd., 1968; Re Petrol Filling Station, Vauxhall Bridge Road, 1969).

6.1.4. Normas equitativas sobre pactos complementarios.
(equitable rules concerning collateral advantages)

Se entiende por pacto o beneficio complementario algo a lo que se obliga el deudor, en beneficio del acreedor, sin perjuicio de la obligación principal que contrae de amortizar el capital del préstamo y sus intereses. Un ejemplo de pacto hipotecario complementario lo constituye el deber que el dueño de un "pub", que hipoteca su establecimiento, asume de no vender en él ninguna otra marca de cerveza que la fabricada por el acreedor hipotecario.

La cuestión, capital, sobre la validez de un beneficio o pacto de esta o análoga naturaleza es de difícil discerni

miento, a la vista del crecido número de resoluciones judiciales que, durante más de una centuria, han entrechocado en forma aparentemente irreconciliable. En verdad, el repertorio jurisprudencial en la materia resultaría ininteligible a menos que tomemos conciencia de que la actitud de los Tribunales al respecto ha cambiado a lo largo del último siglo, adquiriendo fijeza y coherencia, y que, por consiguiente, - no debemos depositar nuestra confianza en muchas de las más antiguas sentencias. Comentando, a la par que explicando, las desviaciones en que, a los ojos del jurista moderno, incurrió buena parte de la jurisprudencia emanada de los Tribunales de Equidad a lo largo de los siglos XVII y XVIII, - se ha afirmado que, dadas las circunstancias del momento, - apenas podían dictar sentencia de diferente manera, siendo sus juicios una fiel expresión del carácter elástico de la jurisdicción equitativa, y del poder de los jueces que impartían justicia dentro de su ámbito para amoldar las reglas que aplicaban a las exigencias del tiempo en que actuaban (*Biggs v. Hoddinott*, 1898; *Kreglinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Co., Ltd.*, 1914).

Inicialmente, los jueces miraban con malos ojos todo intento del acreedor hipotecario de aprovecharse del deudor, por medio de cualquier pacto o convenio complementario de la hipoteca, incluyendo entre ellos, incluso, el pago de interés (*Jennings v. Ward*, 1705). Este criterio, extremadamente proteccionista de la posición contractual del deudor hipotecario, ha desaparecido, dando paso a otro más realista y favorable a los pactos complementarios. La razón princi-

pal que ha abonado este cambio de actitud es la de que, en nuestros días, el deudor no necesita de dicha protección - especial puesto que su imagen como persona empobrecida, al borde de la ruina y a merced de las desmedidas ansias crematísticas del acreedor hipotecario, no pasa de ser una pura reliquia histórica que en otros tiempos fue válida -pero hoy no lo es- para suscitar los sentimientos paternalistas que alentaron la creación y marcaron los primeros rumbos - del Tribunal de la Cancillería. En nuestros días, el crédito hipotecario es, al igual que en todos los países de economía capitalista, un principalísimo instrumento financiero, ordenado a la creación de riqueza y afanosamente buscado - por los inversores o por quienes aspiran a adquirir el dominio de bienes inmuebles, especialmente viviendas, para incrementar sus ganancias o conseguir habitación y no para - huir desesperadamente de la bancarrota, supuesto este que - ha pasado a tener carácter excepcional. No hay, por tanto, justificación para que los Tribunales, en actitud apriorística, adopten posturas de clemencia a favor del deudor hipotecario por el mero hecho de serlo y de rigor y de desconfianza frente al acreedor por la simple circunstancia de haber accedido a prestar su dinero, con lo que cumple una - importante función social, conservando la facultad de recuperarlo en la forma y plazo establecidos y recibiendo la - compensación que el interés entraña, cuyos tipos más comunes no alcanzan, en las presentes circunstancias, ni siquiera a compensar el ininterrumpido proceso de deterioro de los signos monetarios, debido al proceso inflacionista que padecen los sistemas económicos capitalistas. Los dos principios -

jurídicos generales "once a mortgage always a mortgage" (lo constituido como hipoteca es siempre una hipoteca) y "a mortgage cannot be made irredeemable" (una hipoteca no puede ser irredimible) han de aplicarse, ante circunstancias económicas totalmente diversas de las que imperaban en el momento de su formulación, con toda flexibilidad y adecuación a la situación presente.

A pesar de las incertidumbres judiciales del pasado, el Derecho moderno en la materia es, en su formulación, -- perfectamente claro, si bien su aplicación a cada caso en particular ofrece indudables dificultades interpretativas. Puede ser sintetizado en la siguiente fórmula: un pacto que proporciona ventajas o beneficios complementarios al acreedor, es válido y exigible a menos que resulte agobiante y desproporcionado (oppressive and unconscionable) para el deudor o esté dirigido a impedir o a estorbar indebidamente la redención de la carga hipotecaria (Biggs v. Hoddinott, supra).

En primer lugar, si un pacto complementario resulta agobiante o desproporcionado, lo que constituye una simple cuestión de hecho, es nulo no por ser anexo a la hipoteca, sino en aplicación del principio general de orden público (the general principle of public policy) de que un contrato no puede ser utilizado, en ningún caso, como un instrumento de opresión. La jurisprudencia así lo ha afirmado reiteradamente, con carácter general (Barrett v. Hartley, 1866) y lo ha aplicado con frecuencia a la hipoteca (James v. Kerr, -

1889; Horwood v. Millar's Timber and Trading Co., 1917; -
Cityland and Property (Holdings), Ltd. v. Drabrah, 1968). -
Un supuesto concreto es el del acreedor hipotecario que, --
manteniendo con el deudor una relación de confianza, ante-
rior a la constitución de la hipoteca, que entrañe un cier-
to ascendiente, como puede ocurrir si tiene la condición --
de fiduciario, abogado o consejero espiritual del deudor, -
demanda a éste. Tal deudor puede poner en tela de juicio la
validez de la hipoteca por abuso de confianza o conducta in-
justa de este, en cuyo caso recae sobre el acreedor la car-
ga de la prueba de la honestidad de su comportamiento con-
tractual.

En segundo término, una estipulación complementaria -
ha de estimarse nula si su efecto es convertir en virtual-
mente inoperante el derecho equitativo o contractual de re-
dención (Knightsbridge Estates Trust, Ltd. v. Byrne, 1939).
Tal ocurre cuando la estipulación complementaria lleva apa-
rejado el efecto de que la recuperación de la pertenencia -
hipotecada se produce en condiciones improductivas, dudosas
o económica y sustancialmente menos valiosas (Noakes & Co.
Ltd. v. Rice, 1902; Morgan v. Jeffreys, 1910). Siguiendo el
ejemplo utilizado para ilustrar el concepto de pacto comple-
mentario, expuesto al comienzo de este subapartado, extraí-
do de un supuesto jurisprudencial (Bradley v. Carritt, 1903),
hemos de tener presente que el dueño del "pub" que hipoteca
su establecimiento con el pacto adicional de no vender, du-
rante todo el tiempo de vigencia de la hipoteca, otra cerve-
za que la fabricada por el acreedor, queda desligado de es-

ta obligación desde el momento en que efectúa la redención anticipada de la carga hipotecaria.

Otros fallos jurisprudenciales permiten comprobar que la aplicación de la norma general depende del criterio con que los Tribunales aprecien los hechos. En un caso en que las partes tenían análogas posiciones contractuales a las del supuesto anterior (dueño de un "pub" y fabricante de cerveza), se pactó que la hipoteca no sería cancelable durante cinco años con la obligación adicional de que en el establecimiento no se serviría otra marca de cerveza que la fabricada por el acreedor hipotecario. Se estimó judicialmente que lo convenido, recíprocamente ventajoso en todos sus aspectos, debía ser cumplido íntegramente (Briggs v. Hodinott, 1898). En la misma línea de validez ha sido juzgado el pacto en cuya virtud el deudor se comprometía a no redimir en el plazo de cinco años y a vender la totalidad de sus productos, durante dicho plazo, al acreedor hipotecario (Kreglinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Co., Ltd. 1914).

En el primero de los casos comentados, el Tribunal estimó necesario asumir el papel protector que el demandante, deudor hipotecario, solicitó de él, a fin de evitarle el perjuicio derivado de una situación contractual agobiante y del cumplimiento de unas obligaciones desproporcionadas. A la inversa, en las dos resoluciones últimamente glosadas, quizá con criterio más realista y con una visión más razonable de los hechos -o ante unos hechos más razonables, que -

de ambos modos se puede entender-, los juzgadores estimaron que no había justificación para bloquear la plena eficacia del principio "pacta sunt servanda".

Cuando el deudor es una persona física que obtiene dinero en préstamo con miras a la adquisición de una vivienda, debe distinguirse si el acreedor es una Asociación de Ahorro y Préstamo profesionalmente dedicada a este menester (Building Society) o un particular. En el primer supuesto, el particular está protegido de eventuales abusos en forma de pactos complementarios mediante lo prevenido en las leyes especiales (Building Societies Act, 1874, 1962), dictadas para regular y controlar el funcionamiento de estas Asociaciones. En el segundo, los Tribunales se muestran particularmente dispuestos a decretar la invalidez de todo pacto complementario que resulte opresivo o agobiante y desproporcionado.

6.1.5. Ejercicio del derecho equitativo de redención

Suponiendo que el deudor no haya perdido su derecho equitativo de redención (v. 9.1., más adelante), por haberse producido alguno de los supuestos que determinan su extinción, tiene facultad de, pagando lo debido por todos conceptos (Holmes v. Cowcher, 1970), pedir la cancelación de la carga. La fecha fijada para el pago (el plazo más común es el de seis meses a contar de la fecha del contrato) extingue el derecho contractual y da paso al derecho equitativo de redención. Si transcurre el plazo indicado o los pla-

zos posteriores sin que el pago se produzca, el deudor no puede pretender pagar de nuevo sin un preaviso de seis meses o sin abonar anticipadamente los intereses correspondientes a este período (Cromwell Property Investment Co. v. Western and Toovey, 1934). Si el anuncio del pago no va se guido de la efectividad del mismo en la fecha prevista, de be repetirse el ofrecimiento, no pudiendo ejercitar la facultad redentora hasta que llegue la fecha anunciada. Cuando la hipoteca es rigurosamente temporal, es decir, no prorrogable, cual ocurre con las de carácter equitativo consti tuídas mediante depósito de las escrituras solemnes de la pertenencia hipotecada, el deudor, si el plazo pasa sin que la obligación de pago se cumpla, no está facultado a obtener una renovación semestral de la hipoteca o al pago alter nativo de intereses correspondientes a dicho período. El deudor puede, en cualquier momento, sin perjuicio del plazo de preaviso, exigir la redención de la carga, satisfaciendo el crédito pendiente de realización y concediendo al -- acreedor un plazo razonable, si bien breve, para buscar o lo calizar las escrituras (Fitzgerald's Trustee v. Mellersh, - 1892).

6.2. Facultades del deudor hipotecario que permanece
en posesión de la finca (rights of a mortgagor
 who remains in possession)

Según los criterios jurídicos en que se inspira la -- Equidad y que la legislación moderna ha asumido, el deudor continúa siendo el dueño verdadero de la propiedad inmueble

hipotecada y de sus productos. Por ello, mientras conserva la posesión, está facultado para percibir los frutos y rentas del predio, sin obligación alguna de dar cuenta de -- ellas, incluso aunque se atrase en el pago de los intereses. Tal como veremos más adelante (v. 7.4.6., de este capítulo, donde se examinarán estos temas con más detenimiento y desde el punto de vista del acreedor, siendo inevitables, no obstante, ciertas repeticiones), el acreedor hipotecario tiene facultad para tomar posesión de la finca hipotecada, con independencia de cualquier incumplimiento de las obligaciones que atañen al deudor, si bien en la práctica esto es un hecho excepcional. Por tanto, si el acreedor no expresa su intención de tomar posesión de la finca, el deudor conserva intacta su facultad de ajercitar cuantas acciones le competan para defender la posesión del predio y el derecho a percibir sus productos. Asimismo, puede interponer cuantas acciones sean oportunas para prevenir daños - o exigir las indemnizaciones pertinentes.

Partiendo de las precedentes consideraciones generales, ha de puntualizarse que el deudor hipotecario, en tanto en cuanto conserva la posesión efectiva del predio -- (while in actual possession), ostenta dos facultades de notable importancia -constituir arrendamientos reales sobre el predio y aceptar la renuncia de sus derechos llevada a - cabo por el arrendatario- que estudiaremos por separado.

6.2.1. Facultad de constituir arrendamientos reales
válidos (right to grant valid leases)

En Derecho común el deudor estaba facultado para constituir arrendamientos reales. Ahora bien, constituídos estos sin el consentimiento del acreedor hipotecario -la misma escritura solemne de hipoteca podía conferir al deudor la facultad de arrendar con unas u otras limitaciones-, se transmitía tan sólo un título precario, puesto que el título de rango superior que ostentaba el acreedor hipotecario podía imponerse contra ambos, el deudor y el arrendatario -de su finca con derecho arrendaticio posterior a la constitución de la hipoteca (Corbett v. Plavden, 1884).

La Ley de Contratación Inmobiliaria (Conveyancing - Act) de 1881 amplió las facultades del deudor en este ámbito autorizándole a constituir arrendamientos de duración -limitada, vinculantes para el acreedor hipotecario, aun sin contar con su consentimiento. La normativa vigente está contenida en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, que faculta al deudor hipotecario, poseedor -actual de la finca, para constituir, con fuerza vinculante para los titulares de cualquier derecho real sobre el pre-dio, estas dos clases de arrendamientos:

- 1.- Arrendamientos agrarios, o rústicos, en expresión más acorde con nuestra terminología usual, por -plazo no superior a 21 años, si la hipoteca se -constituyó antes del 1-1-1926, y para los de cons

titución posterior, por período no mayor de 50 - años.

2.- Arrendamientos de edificios, por plazo de 99 ó de 999 años, según que la hipoteca esté constituida antes o después del 1 de enero de 1926.

Estos arrendamientos han de constituirse de tal modo que surtan efectos posesorios antes de que transcurran doce meses desde la fecha en que fueren pactados; asimismo, deben contratarse a cambio de la renta que, dentro de lo razonable, sea lo más alta posible y con total exclusión de pago de cualquier cantidad alzada en concepto de prima de constitución (fine) (Rust v. Goodale, 1957); igualmente, han de contener un pacto previendo la recuperación directa -sin necesidad de acción judicial- (re entry) de la posesión de la finca ante el evento de que haya un retraso de treinta días (Pawson v. Revell, 1958) en el pago de la renta y, finalmente, el deudor está obligado a entregar al acreedor hipotecario, dentro del plazo de un mes, un duplicado del contrato de arrendamiento real, aunque no, como es lógico, en el caso de un arrendamiento puramente verbal (Rhodes v. Dalby, - 1971). La omisión de algún requisito formal es causa no de nulidad de pleno Derecho, sino de simple anulabilidad, siendo susceptibles, por tanto, de confirmación los arrendamientos formalmente imperfectos.

Las facultades legales para la constitución de arrendamientos pueden ser disminuidas o expresamente excluidas

en la escritura solemne de hipoteca, con excepción de las -
relativas a fincas rústicas hipotecadas después del 1 de --
Marzo de 1948.

De otro lado, "inter partes", el arrendamiento, aun-
que exceda los plazos previstos e incumpla radicalmente to-
dos los requisitos indicados, puede llegar a adquirir ple-
na eficacia jurídica en virtud de la doctrina de los actos
propios (the doctrine of estoppel) (v. 1.4., al final, par-
te III, cap. III) (Cuthbert v. Irving, 1860; Church of -
England Building Society v. Piskor. 1954). En aplicación de
lo antes dicho, el deudor puede demandar o ejecutar directa-
mente (distress) para resarcirse del pago de las rentas --
(Trent v. Hunt, 1853). El acreedor hipotecario, no obstan-
te, no queda vinculado por el arrendamiento; respecto a él
y sus sucesores en el título, la relación locativo-real es
nula (Rust v. Goodale, 1957; Lever Finance, Ltd. v. --
Needleman's Trustee, 1956). El acreedor hipotecario tiene -
una alternativa: considerar al arrendatario como autor de -
un ilícito civil (trespass) o aceptarle como si fuera su --
propio arrendatario y no del deudor (Stroud Building Society
v. Delamont, 1960). Si, por ejemplo, exige que la renta le
sea satisfecha directamente a él en lugar de al deudor hipo-
tecario, la relación arrendaticia primitiva queda desmonta-
da y sustituida por un arrendamiento anual entre el acreedor
hipotecario y el arrendatario (Tylor v. Ellis, 1960; --
Chatsworth Properties, Ltd. v. Effiom, 1971). Aún más, la -
aceptación de la renta sin previa interposición de demanda
judicial para exigirla, produce la automática sustitución -

novatoria del arrendamiento pactado entre deudor y arrendatario por el arrendamiento anual entre acreedor y arrendatario. No obstante, el simple conocimiento del pacto locativo y la tolerancia del acreedor respecto al arrendatario, en cuanto a la posesión del predio, no son causas suficientes de novación ni ratificación arrendaticia alguna. Finalmente, si el acreedor rehusa reconocer o aceptar la existencia del arrendamiento constituido sin su autorización, el arrendatario puede pagar la deuda y redimir la hipoteca, asegurando, de este modo, su posición jurídica frente al derecho de evicción, y consiguiente desahucio, que el acreedor puede ejercitar contra él en cuanto autor (trespasser) del ilícito civil al que antes nos hemos referido.

6.2.2. Facultad de aceptar la renuncia de los arrendatarios (right to accept surrenders of leases)

A pesar de las facultades que legalmente están atribuidas al deudor para constituir arrendamientos reales con independencia del arrendamiento anteriormente creado con fines hipotecarios, generalmente no pueden, sin la concurrencia del acreedor hipotecario, aceptar la renuncia del arrendamiento propiamente dicho anterior a la hipoteca, para constituir, por ejemplo, uno nuevo (Robbins v. Whyte, 1906). La Ley del Derecho de Propiedad de 1925, sin embargo, faculta al deudor para extinguir el arrendamiento en virtud de renuncia del arrendatario en el caso, y sólo en él, de que la extinción dé paso a un nuevo arrendamiento constituido en uso de las facultades que para su creación le atribuye la -

propia ley. Tal extinción en virtud de renuncia sólo es vá
lida si un nuevo arrendamiento queda constituido dentro del
término de un mes, por plazo no inferior al que restaba pa
ra que expirase el anterior y con una renta no inferior a -
la pactada para el arrendamiento sustituido.

-oOo-

7. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO (rights of the mortgagee)

- o - o - o -

El estudio de este amplísimo tema, que constituye el núcleo central del sistema hipotecario inglés, no puede ser abordado sin el fraccionamiento de su contenido en varios apartados y subapartados en los que tienen cabida, dispuestos de forma ordenada y sistemática, los aspectos más salientes del estatuto jurídico activo del acreedor hipotecario. Tomaremos como modelo al que lo es en virtud de una hipoteca legal, inscrita o no en el Registro de Títulos, sin perjuicio de hacer algunas referencias al acreedor hipotecario equitativo. Nuestra exposición girará en torno a estos cuatro temas principales: enumeración y ejercicio de los derechos del -- acreedor hipotecario; limitaciones a dicho ejercicio; prescripción extintiva de las acciones hipotecarias y -- clasificación y análisis de los derechos del acreedor -- hipotecario.

1. Desde el momento en que el prestamista hace entrega del capital del préstamo, quedando válidamente constituida la hipoteca, y tanto si reclama o no la posesión del predio, está automáticamente facultado para -- preservarlo del deterioro que pueda experimentar en las manos del deudor hipotecario o de un tercero dependiente de este. En tal supuesto de posesión "ajena", el -- acreedor puede, además de exigir al deudor las responsa bilidades inherentes a un arrendatario, prohibir, inclu

so en virtud de orden judicial, los actos que de algún modo menguen el valor de la garantía. Entre los actos - susceptibles de prohibición cabe citar la retirada de - inmuebles por incorporación y destino verdaderamente va liosos y la tala de bosques maderables. Asimismo, contra estos actos lesivos de su derecho, el acreedor no - poseedor puede reaccionar solicitando la posesión del - inmueble lo que, por otra parte, constituye una facultad que le está atribuida de forma autónoma, como veremos más adelante.

Lo dispuesto en el art. 117 de la Ley Hipotecaria constituye clara equivalencia del derecho que asiste al acreedor hipotecario inglés, a que la garantía hipotecaria se conserve sin menoscabo de su valor. Cuando, según el indicado artículo, la finca hipotecada se deteriore, disminuyendo de valor por dolo, culpa o voluntad del - dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez, previa justificación de la exactitud de los hechos, que dicte providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si el propietario insiste en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración - judicial. Un supuesto especial de devastación, mediante la contratación de arrendamientos en condiciones desfavorables, es el contemplado en el número segundo del -- art. 219 del Reglamento Hipotecario. Entendemos que es suficiente esta somera referencia sistemática a la devastación arrendaticia, puesto que ya ha sido estudiada

en el comentario al apartado anterior.

La norma contenida en el art. 117 de la Ley Hipotecaria requiere ciertas puntualizaciones. La orden del Juez puede dirigirse tanto a prevenir como a remediar el daño. Por consiguiente, tan fundado es solicitar y obtener el remedio para evitar un daño previsible, como para subsanar el que haya sobrevenido. Nos parece indudable que también en Derecho inglés es posible acudir cautelarmente al remedio que la acción de devastación brinda. De otra parte, la ambigüedad y suavidad de los remedios que el art. 117 de la Ley ofrece, contrasta con la energía y concreción de los que admite el art. 219 del Reglamento, en el supuesto de devastación arrendaticia. Si aceptamos el criterio de ROCA SASTRE (op. cit. IV, 2º, pag. 954) no parece que la posibilidad de precipitar el vencimiento de la deuda garantizada hipotecariamente pueda, por analogía con lo dispuesto en el art. 219 del Reglamento, considerarse comprendida dentro de los remedios previstos en el art. 117 de la Ley. Esta posibilidad de decretar el vencimiento anticipado como sanción contra el deudor que deteriora la garantía, también está admitida en Derecho inglés (v. 7.4.1., más adelante). En él, sin embargo, su omisión sería más comprensible porque el acreedor goza de amplias posibilidades de tomar posesión del inmueble.

Además de la acción puramente personal para el cumplimiento de la obligación (action on the debt) hay,

a disposición del acreedor, varias de índole real: nombramiento de un depositario o administrador de la finca (appointment of a receiver); posesión directa e inmediata de la misma (possession); realización de la garantía mediante su venta (sale) y extinción del derecho equitativo de redención o decomiso (foreclosure) convirtiéndose el acreedor, mediante el ejercicio de este derecho, en titular o dueño de la garantía. La única acción que puede ejercitar antes del incumplimiento de la obligación garantizada es el recurso posesorio en favor del propio acreedor. Las demás medidas no pueden -- adoptarse hasta que la obligación quede incumplida. Una venta puede ser ordenada por Tribunal competente sustituyendo a la extinción de la facultad redentoria. Como excepción al principio procesal, vigente en Derecho inglés, según el cual no pueden ejercitarse simultáneamente contra una persona varias acciones conducentes a un mismo fin, es facultad del acreedor hipotecario poner -- en práctica todas o algunas de las acciones o medidas -- que le competen (p. ej. pedir el pago del capital y los intereses, la posesión del predio y el decomiso de la garantía), si bien es evidente que su resultado práctico no puede, en ningún caso, ser acumulativo; si se obtiene el pago del capital y los intereses, los restantes medios son innecesarios.

El arsenal de acciones ofensivas de que dispone -- nuestro acreedor hipotecario es, en el supuesto más normal o de ausencia de pacto anticrético complementario

de la hipoteca -y aún en este caso- cuantitativa y cualitativamente más reducido que el de su "colega" inglés. Además de ejercitar la acción personal derivada del crédito puede, como acción real, pedir la enajenación en - pública subasta de la finca hipotecada a través de alguno de estos tres procedimientos: ejercicio de la acción hipotecaria en el juicio ejecutivo ordinario, ejercicio de la acción hipotecaria mediante el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley y ejercicio de esta misma acción a través del procedimiento extrajudicial sumario. Asimismo, puede pedir la posesión o administración interina de la finca, al amparo de la regla 6ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

La simple lectura de los recursos de que dispone el acreedor en uno u otro sistema es harto elocuente para apreciar sus discrepancias. No es preciso subrayar las ahora puesto que habrá nuevas y más amplias oportunidades para el comentario comparativo.

2. Las limitaciones al ejercicio de las acciones que asisten al acreedor pueden nacer del funcionamiento general de la relación jurídica hipotecaria o tener su -- origen en situaciones especiales, subjetivas y objetivas, que afecten directamente al acreedor hipotecario o a la garantía.

En términos generales, el acreedor hipotecario puede verse privado, transitoriamente al menos, del ejerci

cio de todas las acciones que le competen , incluso de las que ya estuvieren en curso, si no proporciona al -- deudor la liquidación del crédito y también en los casos de pago, ofrecimiento del mismo y consignación judicial del capital, intereses, costas y demás gastos legítimos. Además, la situación de conflictividad en torno al importe de la obligación puede ser motivo suficiente para que el acreedor vea interceptado su camino hacia la posesión del inmueble, hasta tanto la confusión reinante quede despejada.

La declaración de quiebra del deudor hipotecario no afecta, en esencia, a la efectividad del derecho del acreedor con garantía real inmobiliaria. Este goza del estatuto de acreedor privilegiado y puede percibir su -- crédito íntegramente, hasta donde alcance el valor de -- la garantía. Ahora bien, son tantos y tan enérgicos -- los remedios que el sistema hipotecario inglés pone al alcance del acreedor, que la situación de quiebra del -- deudor impone a aquél una cierta moderación en el ejercicio de sus acciones, con objeto de evitar que se perjudicque innecesariamente las también legítimas expectativas de cobro de los acreedores comunes. De ello se deriva que cualquier Tribunal, ante el que se siga un procedimiento hipotecario puede, discrecionalmente, suspender su tramitación, en el caso de quiebra del deudor, -- hasta tanto se resuelva lo más conveniente para todos. Así, se ha suspendido el ejercicio de la acción extintoria del derecho equitativo de redención, iniciada des-

pués que el fiduciario o comisario de la quiebra hubiere concertado un ventajoso precontrato para la venta - del predio objeto de la garantía, ordenándose al acreedor que concurra a la solemnización de la venta y que devuelva las escrituras solemnes de la pertenencia hipotecada, previo pago a través del Tribunal de cuanto fuere procedente. Permitir que la acción comisoria prospere en este caso, significaría respaldar un abuso de derecho por parte del acreedor, vulnerándose de este modo los principios equitativos que informan el Derecho inmobiliario inglés.

Las Leyes de Rentas de 1968 y 1972, reguladoras - de los arrendamientos controlados y regulados, en cuanto subespecies de los arrendamientos residenciales ordinarios, establecen normas especiales para la ejecución de las hipotecas legales cuando su objeto son viviendas en alguna de dichas situaciones arrendaticias. Para las hipotecas constituídas por el dueño de viviendas en situación de arrendamiento controlado, y siempre que concurran todos los requisitos, sumamente prolijos, que la Ley establece, la especialidad consiste en que el acreedor queda legalmente impedido, mientras subsista la situación arrendaticia, para reclamar el capital del préstamo, vender la garantía o extinguir el derecho equitativo de redención, pudiendo percibir únicamente los intereses de la operación. El Tribunal, no obstante, si las circunstancias del caso lo aconsejan, puede alzar - estas limitaciones a los derechos del acreedor. Cuando

lo hipotecado son viviendas en régimen de arrendamiento regulado, si el deudor acredita ante el Tribunal competente que sufriría un grave perjuicio económico a menos que se enerven las acciones ejercitadas por el acreedor para hacer efectivo su derecho, el Organo judicial puede ordenar que se modifiquen los términos en que estuviere pactada la hipoteca o imponer límites o condiciones al ejercicio, por el acreedor, de sus facultades, en la medida y modo que se estime apropiado.

Finalmente, la Ley de Fuerzas Reservistas y Auxiliares (Protección de Intereses Civiles) de 1951 fomenta el alistamiento en las mismas, protegiendo a los deudores que se enrolen, en estos servicios militares y paramilitares, mediante la suspensión o prohibición del ejercicio de acciones hipotecarias contra ellos sin autorización judicial previa, entretanto subsista el especial "status" voluntariamente asumido por el deudor en interés de la nación y siempre que se trate de hipotecas constituidas con anterioridad al mismo.

En este terreno, la comparación entre ambos sistemas hipotecarios produce una imagen de cierto paralelismo pero no de simetría. Cuenta el Derecho inglés con un importante bagaje de discrecionalidad atribuida a sus Tribunales, del que el Derecho español está prácticamente huérfano. Hay, además, situaciones subjetivas y objetivas tan curiosas como las que afectan a los reservistas y a las viviendas arrendadas bajo régimen de control

o de regulación especial, que carecen de todo equivalen
te en Derecho español. Las limitaciones al ejercicio de
los derechos de nuestro acreedor hipotecario están, co-
mo veremos enseguida, muy tasadas y se ajustan a una ti
pología que el legislador se ha cuidado de delinear per-
fectamente, excluyendo cualquier interpretación analógi-
ca ampliatoria y dejando, por tanto, escasísimo margen
a la discrecionalidad del juzgador.

Partiendo de la hipótesis del concurso o quiebra -
del deudor hipotecario, examinaremos, siguiendo en lo -
fundamental a PUIG BRUTAU (Fundamentos...; III, 3º, pags.
181 y sgs. y 207 y sgs.), dos supuestos distintos: decla
ración de aquellos antes de que el acreedor hipotecario
pueda accionar y cuando ya se siga el procedimiento de -
ejecución hipotecaria.

Los derechos del acreedor en el primer supuesto son
los siguientes:

- a) En los convenios que el deudor y sus acreedores ce
lebren judicialmente sobre quita y espera, o en
el concurso, el acreedor hipotecario tiene el dere
cho de abstención (arts. 1917 y 1923 del C.C. y -
1140 de la L.E.C.)
- b) En el caso de suspensión de pagos, el acreedor hi-
potecario tiene el derecho de abstenerse de concu-
rrir a la junta que deba aprobar o rechazar un con
cordato preventivo (art. 15 de la Ley de 26-7-1922).

- c) En caso de quiebra, tienen derecho a abstenerse de tomar parte en la resolución de la junta sobre el convenio.
- d) Acerca de si el juicio universal de concurso o quiebra se extiende incluso a los bienes hipotecados - del concursado o quebrado, una parte muy representativa de nuestra doctrina (GARRIGUES y ROCA SAS-TRE, entre otros) entiende que la respuesta ha de - ser afirmativa, sin perjuicio del derecho de abstención y del de prelación para el cobro a favor del - acreedor. Por contra, los créditos hipotecarios, a diferencia de los otros no privilegiados, no dejan de producir intereses desde la fecha de la declaración del concurso o de la quiebra (art. 1916 del - C.C. y 884 del C. de C.). Sin embargo, de acuerdo con dicha interpretación doctrinal, en la quiebra y en el concurso declarados, la hipoteca tendrá la preferencia que le corresponda como derecho real, pero dentro del juicio universal. Es este un criterio que, a pesar de sus apoyos doctrinales, tiene importantes argumentos en contra y contradictores muy respetables. Con independencia de razonamientos jurídicos más o menos sutiles, resulta difícil admitir que el acreedor hipotecario pueda verse perjudicado en la cuantía o en el momento del cobro de su crédito porque la finca hipotecada vaya a engrosar la masa de la quiebra o del concurso.

En cuanto a la declaración de concurso, quiebra o

suspensión posteriores al ejercicio de la acción hipotecaria, el art. 127 de la Ley Hipotecaria dis
pone que tal declaración no es causa de suspensión del procedimiento ejecutivo ordinario. De otra par
te, el art. 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concordancia con el párrafo último del art.135 de la Ley Hipotecaria, dispone que los autos de --
procedimiento sumario hipotecario no son acumulables entre sí, ni tampoco a los de juicio ejecutivo, ni a un juicio universal. Análogos criterios son aplicables a la suspensión de pagos, en base --
al art. 9º de la Ley de 26-7-1922. Lo que, en todo caso, resulta evidente es que el sobrante del remate de la subasta hipotecaria, a falta de terce
ros hipotecarios con derecho a él, es cantidad que debe engrosar la masa de bienes a disposición de --
los acreedores comunes del deudor quebrado, concur
sado o suspenso.

La suspensión del procedimiento sumario hipotecario está regulada en el art. 132 de la Ley, que arranca con una importante enumeración de supuestos carentes de vir
tualidad interruptoria. El procedimiento no se suspende
rá por la muerte del deudor o del tercer poseedor, ni -- por las declaraciones, antes vistas, de juicios de insol
vencia de cualquiera de ellos, ni por medio de incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado. Más tarde añade que todas las reclama
ciones que puedan formular, así el deudor como los terce

ros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento.

A pesar de este criterio eliminatorio de toda contradicción procesal dentro del mismo procedimiento judicial sumario, relegando cualquier oposición al juicio declarativo ordinario, la Ley Hipotecaria, en el mismo art. 132, admite, como nos recuerda ROCA SASTRE (Op. -- cit., IV, 2º, pag. 1093), cuatro supuestos taxativos de suspensión del procedimiento hipotecario, que excepcionan aquel criterio general. Son los siguientes:

1º.- Si se justificare documentalmente la existencia de un procedimiento criminal, por falsedad del título hipotecario en cuya virtud se proceda, en que se haya admitido querella o dictado auto de procesamiento.

2º.- Si se interpusiere una tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella título de propiedad de la finca de que se trate, inscrito a favor del tercerista o de su causante, con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor, y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio a favor del tercerista.

3º.- Si se presentare certificación del Registro,

expresiva de quedar cancelada la hipoteca en virtud de la cual se proceda o copia auténtica de la escritura pública de cancelación de la misma, con la nota de presentación en alguno de los Registros en donde se haya de tomar razón de ella, otorgada por el actor o sus causantes o causahabientes, acreditándose también documentalmente el título de transmisión, en su caso.

4°.- Cuando la hipoteca esté constituida en garantía de cuentas corrientes y la libreta que presente el deudor arroje un saldo distinto del que resulte de la presentada por el actor.

Cada uno de estos supuestos, tiene su desenlace final, de suspensión definitiva o de reanudación del procedimiento hipotecario, de acuerdo con sus características específicas y circunstancias resultantes.

El art. 132 es taxativo y se inspira en un criterio cerrado. Su motivación responde al deseo de poner coto a los incidentes y recursos que, en detrimento del crédito territorial, e indirectamente en perjuicio de los -- deudores, entorpecían antes el procedimiento de ejecución hipotecaria. En Derecho inglés, como antes hemos visto, el cauce para limitar el ejercicio de los derechos del acreedor no es tan angosto. Por ello, además -- de los casos comprendidos en los números 3° y 4° de nuestro artículo 132 que, en definitiva, son supuestos de -- pago y conflictividad en torno al importe de la obliga-

ción , que el Derecho inglés también admite, nos parece indudable que en él una querella criminal sobre falsedad del título hipotecario y un litigio fundado sobre la propiedad de la garantía, gozan de virtud interruptoria del ejercicio de la acción hipotecaria en curso, especialmente las de efectos más enérgicos, como la venta o el decomiso.

3. El régimen jurídico aplicable a la prescripción extintiva de las acciones hipotecarias presenta una imagen polimorfa, que es reflejo de la pluralidad de remedios o acciones que el Ordenamiento inglés pone a disposición del acreedor hipotecario. Se quiebra, con ello, toda relación de equivalencia con el criterio seguido por nuestro Derecho, que adopta una solución única y peculiar para la prescripción de la acción hipotecaria -- por antonomasia o facultad de promover la venta de la garantía.

Las acciones basadas en la obligación contractual de pago y las de carácter real dirigidas contra el inmueble objeto de la garantía, tienen períodos prescriptivos de cómputo independiente, aun cuando los plazos sean de la misma duración, lo que no siempre es así.

La acción personal para exigir el pago del principal prescribe a los doce años de la fecha en que pudo ser ejercitada, si la hipoteca quedó constituida en vir

tud de escritura solemne o de seis años si no se utilizó esta como instrumento constitutivo.

Pero si lo que se reclaman son los intereses atrasados, la prescripción actúa a los seis años contados -- desde la fecha en que aquéllos debieron hacerse efectivos. Ahora bien, si se ejercita la acción extintiva -- del derecho equitativo de redención o acción comisoria, el deudor no tiene otra alternativa para escapar de -- ella que satisfacer íntegramente los atrasos por razón de intereses, aunque correspondan a un período superior a los seis años. Lo mismo ocurre cuando el deudor ejerce la acción redentoria ya que, a condición de obtener ésta, no puede poner límite en el pago del capital y de los intereses atrasados. También cuando el acreedor vende la pertenencia hipotecada, en ejercicio de su facultad legal al efecto, puede, con el predio que esté en su poder, hacerse pago íntegro de los intereses.

La acción extintoria del derecho equitativo de redención está sujeta al plazo común de doce años, contados a partir del momento en que pudo ser ejercitada. El tiempo comienza a correr en la fecha prevista como vencimiento del principal del préstamo. Si el acreedor entra en posesión de la pertenencia hipotecada antes de -- iniciarse el plazo de prescripción o mientras éste transcurre, aquella se interrumpe o no se inicia, entendiéndose que la acción no surge o no resurge hasta que el -- acreedor hipotecario pierda o devuelva la posesión del

inmueble.

La acción posesoria del acreedor se extingue también a los doce años. En la hipoteca legal, dado que su facultad legal de tomar posesión surge al constituirse la carga, el plazo de prescripción comienza a computarse desde dicho momento. Pero si la facultad posesoria del acreedor es la que se pacta específicamente para el caso de impago de las amortizaciones previstas, el tiempo comienza a contar desde el momento en que aquel se produce.

Cuando sobre una misma finca hay constituídas dos hipotecas y no se hacen al segundo acreedor los pagos pertinentes, cabe afirmar, con carácter general, que el plazo prescriptivo de las acciones que le asisten, cuyo ejercicio no sea incompatible con las del primer acreedor, comienza a correr de inmediato.

El pago parcial y el reconocimiento del crédito son causas interruptorias de la prescripción. El pago parcial sólo produce este efecto si lo realiza quien esté en posesión del inmueble hipotecado o quien resulte personalmente obligado al pago de la deuda hipotecaria. Para que el reconocimiento de la deuda sea eficaz como -- causa de interrupción de la prescripción, ha de constar por escrito y estar firmado por la persona que lo realiza. Si la acción es real, el reconocimiento, en cuanto causa interruptoria de la prescripción, ha de realizarlo

quien esté en posesión de la pertenencia hipotecada.

Si pasamos ahora al Derecho español, el panorama de la prescripción se simplifica y aclara extraordinariamente, sin perjuicio de la peculiaridad que la misma entraña dentro del conjunto de la prescripción extintiva en el Derecho español.

Dice PUIG PEÑA (Fundamentos...; III, 3º, pags. 305 y 306) que parece que, al regular la prescripción de la acción hipotecaria, el legislador podía haber optado entre el plazo de las acciones personales (15 años) o el de las reales sobre bienes inmuebles (30 años). Sin embargo, no ha hecho ninguna de estas dos cosas y ha elegido una tercera solución al señalar el plazo de veinte años (arts. 1964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria), superior al de las acciones personales e inferior al de las reales.

Entendemos, sin duda alguna, que la imposición de este plazo de veinte años significa que, a diferencia de lo que ocurre en Derecho inglés, las acciones personal y real no pueden prescribir por separado. Es decir, los arts. 1964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria, imponen un plazo de prescripción unitaria. El crédito hipotecario, en su unidad, prescribe a los veinte años. Así, lo reconoce la sentencia de 8-11-1960.

El plazo de prescripción empezará a contarse desde

el momento del vencimiento o exigibilidad de la obligación asegurada, sin que ésta se cumpla. Basta que el incumplimiento signifique quebrantamiento del derecho personal, pues la finalidad de la hipoteca es proteger el derecho de crédito y por ello no hace falta que la violación se haya referido al derecho real en sí mismo considerado. El plazo, al ser de prescripción y no caducidad, puede ser interrumpido en los supuestos previstos por los arts. 1973 y siguientes del Código Civil: ejercicio de acciones ante los Tribunales, reclamación extrajudicial del acreedor y reconocimiento de la deuda.

En suma, plazo único para principal e intereses - (otra diferencia básica con el Derecho inglés) y cómputo uniforme, como insoslayable consecuencia de la unidad del plazo. Anotemos que la reclamación extrajudicial del acreedor es inoperante en Derecho inglés en cuanto causa interruptoria de la prescripción.

4. Las acciones o remedios de que dispone el acreedor en defensa de su derecho, pueden agruparse en una triple clasificación, en la cual nos apoyaremos para su posterior estudio. Hay acciones que entrañan realización de la pertenencia hipotecada (venta de la garantía y acción comisoria), mientras que con otras, aún persiguiéndose la efectividad del crédito, no se llega a desencadenar aquel radical efecto (acción personal derivada - del contrato, toma de posesión del predio y nombramien-

to de un administrador). Finalmente, hay un grupo de facultades complementarias: seguro contra incendios, posesión de los títulos de propiedad, ampliación de la hipoteca a cantidades posteriormente prestadas y redención conjunta de dos o más hipotecas.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1.925 dispone - que un acreedor hipotecario cuyo derecho haya sido constituido en escritura solemne (hipoteca legal, afección en pago con fuerza de tal y afección hipotecaria inscrita), está facultado, en los supuestos de incumplimiento de contrato que luego veremos, a vender la garantía, de forma personal y directa, para hacerse pago del crédito con el precio resultante de la venta. Esta facultad puede ser modificada, ampliada o completamente excluida en virtud de pacto.

Tal libertad de pacto referente a la facultad legal de venta entronca con una institución paralela a -- ella y de más remoto origen, la facultad contractual de venta, que no solo subsiste, sino que tiene un campo de aplicación más amplio que la otra, que solo es aplicable a las hipotecas legales.

Cuando varias hipotecas recaen sobre una misma pertenencia inmobiliaria, el primer acreedor hipotecario - puede ejercitar su facultad legal de venta sin que sea precisa la concurrencia de los posteriores, pero sin -- perjuicio de la doble obligación que le atañe respecto

a ellos y que luego examinaremos: notificación de la venta y entrega del sobrante. Si es el segundo o posterior acreedor el promotor de la venta, el adquirente de la pertenencia hipotecada la incorpora a su patrimonio con el gravamen de la primera hipoteca.

Los supuestos de ejercicio de la facultad legal de venta son: impago del capital del préstamo, total o parcialmente; retraso de dos meses en el pago de los intereses, incluidos en este concepto los vencimientos periódicos y combinados de capital e intereses e incumplimiento de obligaciones legales o contractuales contenidas en la escritura solemne de hipoteca.

El primero y principal requisito de procedimiento, entendiendo esta expresión en su sentido amplio de actuación o trámites a seguir y no de procedimiento judicial, pues la intervención de los Tribunales en la venta es absolutamente excepcional, es el requerimiento de pago. La venta no puede llevarse a cabo sin que transcurran tres meses desde la fecha en que el requerimiento sea practicado. El requerimiento de pago ha de dirigirse al deudor o constituyente de la hipoteca, a quienes traigan causa de él y a cualquier otro titular del derecho equitativo de redención entre los que, por supuesto, se encuentra los eventuales acreedores posteriores. El requerimiento se considera suficientemente practicado si se hace llegar al último domicilio conocido (vivienda o centro de actividad mercantil, profesional

o laboral) o se fija o se deja disponible en el inmueble hipotecado. Asimismo, el requerimiento es suficiente si se envía por correo certificado y no hay devolución del envío postal efectuado. El objetivo perseguido por el - requerimiento es el de proteger el derecho del deudor - hipotecario a defenderse de la grave amenaza que la venta entraña para su patrimonio. Si esta finalidad queda sustancialmente cubierta, el Tribunal que eventualmente hubiere de juzgar sobre la forma en que se practicó no lo hará con minuciosidad excesiva si el defecto alegado puede perjudicar a un comprador de buena fe.

La venta puede hacerse en pública subasta o privadamente. El acreedor que es solo titular de una facultad contractual de venta no puede ejercitarla privadamente, salvo pacto que expresamente se lo consienta. La venta privada, realizada sin anuncio al público, y aun - sin consultar al deudor y a los acreedores posteriores, es válida, supuesto que se haga de buena fé y por precio justo. Toda venta realizada a un precio fraudulentamente bajo es susceptible de anulación. Recae sobre el - acreedor hipotecario la lógica prohibición de comprar, ni solo ni conjuntamente ni a través de personas interpuestas. Existe una clara incompatibilidad de intereses, moral y jurídica, que no se da respecto al deudor, en - el supuesto de varios codeudores ejecutados, uno de los cuales quiera comprar, ni respecto al acreedor posterior.

La facultad legal de venta tiene un contenido muy -

amplio por cuanto incluye la posibilidad de que el acree
dor que la realiza imponga al adquirente pactos limita-
tivos del uso, constituya o reserve servidumbres de uso,
venta separadamente, de un lado, la superficie del terren
o, y de otro, los yacimientos mineros existentes, etc.

En la actualidad, los efectos de esta venta son ta
les que el acreedor hipotecario que ejercita la facultad
correspondiente, dispone de la pertenencia legal, plena
o menos plena, o derecho real inmobiliario objeto de la
hipoteca, libre de cualquier pertenencia, derecho real o
facultad de todo tipo, respecto de las cuales la hipote-
ca ejecutada goce de prioridad, pero sujeta a todos los
de rango superior a ella. La escritura solemne de transm
isión se otorga por el acreedor en nombre del deudor.
En manos del acreedor, al recibir los derechos tanto del
acreedor como del deudor, se opera la extinción de la -
hipoteca por confusión de derechos. El ejercicio de la -
facultad de venta por el acreedor subhipotecario produ-
ce el mismo efecto transmisorio, en favor del comprador,
que si el ejecutante fuera el acreedor subhipotecante; -
en suma, transmite, como supuesto más común, la pertenenc
ia plena y absoluta en posesión. Cuando se ejecuta, me-
diante venta, una hipoteca equitativa, se transmite úni-
camente el derecho equitativo del acreedor. Una solución
transmisoria más amplia únicamente es posible si, al pac
tarse la hipoteca, se constituye la pertenencia legal en
fideicomiso a favor del acreedor o se le apodera expresam
ente para disponer de ella.

La protección que se otorga al tercer adquirente - de manos del acreedor hipotecario, cuando éste ejercita su facultad de venta, depende del origen voluntario o - legal de esta y de otras varias circunstancias concurrentes en la transacción. En principio, el acreedor está -- obligado a proporcionar al comprador demostración de la suficiencia de los hechos desencadenantes del ejercicio de su facultad, entre ellos el previo requerimiento de - pago al deudor. En suma, la ley condiciona su protección a que haya buena fe por parte del comprador, buena fe -- que presume pero que el legislador no tiene empacho en - descartar, anulando la venta, si el acreedor tiene conocimiento efectivo o presunto de alguna irregularidad de la que resulte beneficiado en su calidad de comprador. - Los Tribunales pueden intervenir en el ejercicio de la - facultad de venta para sancionar abusos, previa solicitud de parte legítimamente interesada en los resultados de la venta. La jurisprudencia más progresiva sostiene - que no basta que el acreedor venda en términos de buena fe, sino que también ha de procurar obtener un precio razonable, es decir, el verdadero valor de mercado de la - pertenencia hipotecada.

La aplicación del precio ha de considerarse a la -- luz del principio fundamental de que la venta extingue - el derecho equitativo de redención del deudor, lo que -- constituye al acreedor-vendedor en fiduciario de lo que exceda del precio sobre el importe de su crédito, en favor de los demás interesados, según sus respectivas priori

ridades. Con el importe de la venta también se pueden liberar las cargas anteriores, lo cual puede llevarse a efecto, incluso, mediante consignación judicial. Esto - supone una venta con pacto especial, y el lógico incremento del precio con el valor de la carga que se extinga de ese modo. Supuesta la existencia de acreedores -- posteriores, el excedente del precio de la venta ha de entregarse al primero de ellos y si el ejecutante, siendo conocedor de la existencia de un acreedor posterior, abonara el sobrante al deudor, queda responsable frente a aquél. Descartada la presencia de acreedores posteriores, es el deudor o el cesionario del derecho equitativo de redención el que está facultado para percibir el sobrante.

El acreedor hipotecario español goza de una facultad similar, en cierto modo, a la de vender por sí mismo que tiene su "colega" inglés, pero en modo alguno - equivalente a ella. En nuestro sistema hipotecario lo - que el acreedor hipotecario puede hacer es algo mucho - más concreto y limitado: pedir la enajenación judicial en pública subasta de la finca hipotecada. Es de esencia en los contratos de prenda e hipoteca, como dice el art. 1858 del Código Civil, "que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consista la prenda o la hipoteca para pagar al acreedor".

Los procedimientos de ejercicio de la acción real - hipotecaria admitidos en nuestro Derecho son tres: el ejecutivo ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

el judicial sumario de la Ley Hipotecaria y el extrajudicial que nuestra legislación permite pactar expresamente. Vamos a referirnos a ellos someramente, poniendo el acento en el contraste que, en cuanto sistema, ofrecen con el Derecho inglés.

La acción hipotecaria por antonomasia es la que puede ejercitarse por el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria. Está regulado en los arts. 129 al 135 de la Ley, principalmente el 131, y 225 y sgs. del Reglamento. Este procedimiento judicial sumario es el que se sigue casi siempre en la práctica, aunque la Ley lo regula como potestativo, puesto que también se ocupa de los otros dos. Su régimen es de orden público, quedando al margen de la autonomía de las partes, ya que ninguno de sus trámites puede ser alterado por convenio entre las mismas. El cauce necesariamente judicial para llevar a cabo la venta y la inalterabilidad pactada de los trámites procesales en que consiste el apremio especial regulado en el art. 131 de la Ley, son dos señaladísimas y básicas diferencias entre nuestro sistema y el inglés. Una vez más se aprecia cómo el Derecho español regula la hipoteca a base de trazar un cauce estrecho y rígido, forzando a la realidad para que discurra por él, mientras que el Derecho inglés procura acercarse al mundo de los hechos con planteamientos dúctiles, susceptibles de amoldarse a las multiformes manifestaciones de esa misma realidad. La primera actitud no es posible sin un cierto sacrificio del valor justicia, mientras que la

segunda entraña un inevitable detrimento del valor seguridad, del que está muy necesitada toda institución de mecanismos tan delicados como la hipoteca.

A partir de aquí, las diferencias, por efecto de las contrapuestas filosofías profesadas por ambos Ordenamientos, se producen en cascada. Así, en nuestro sistema, es indispensable, para que pueda ejercitarse la acción del art. 131, que se haya determinado el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta (ésta es siempre necesaria y el precio inicial de puja queda previamente fijado, lo que -- elimina de raíz el problema de si el acreedor vendió al mejor precio posible) y que el deudor haya fijado un domicilio para la práctica de los requerimientos y las notificaciones, siendo aquél el único válido a efectos hipotecarios. ROCA SASTRE (op. cit. IV, pag. 1034) admite la modificación posterior del tipo de subasta, con el asentimiento de los titulares de derechos reales posteriores, caso de existir. En cuanto al cambio de domicilio es una posibilidad legal, que ha de llevarse al Registro, de conformidad con los arts. 130 de la Ley y -- 226 del Reglamento.

Entre los documentos que han de acompañarse a la demanda, para cuyo conocimiento es competente el Juez de 1ª instancia, figuran, además de la escritura de constitución de hipoteca, un acta notarial de requerimiento de pago con 10 días de antelación. A falta de ésta hay --

que requerir por cédula en el curso del procedimiento.

A través de certificación registral se conoce si el demandado es el dueño actual de la finca hipotecada o - si existe un tercer poseedor, así como las cargas, hipotecarias o no, anteriores y posteriores a la hipoteca - que se ejecuta. El propietario no deudor y los titulares de cargas posteriores deben ser notificados del procedimiento; es decir, la venta judicial no se puede llevar a cabo sin su presencia, aunque sólo sea pasiva, ya que quedan afectadas por los efectos resolutorios de todas las inscripciones posteriores que implica la ejecución de hipoteca. En este apartado, la semejanza de criterios entre ambos Ordenamientos está más acentuada.

El trámite de subasta es el más importante de todo el procedimiento de ejecución hipotecaria, pues con él se llega a la realización u obtención del valor en dinero del inmueble hipotecado. Se pueden celebrar tantas - subastas como sean necesarias hasta que haya una postura de acuerdo con los términos de la hipoteca. El tipo de la primera subasta será el pactado en la escritura de constitución de la hipoteca. La segunda se celebrará con el tipo rebajado en un 25%; la tercera y posteriores sin sujeción a tipo. Si la mejor postura habida en la tercera no llega al 75% del precio pactado, el acreedor y el dueño de la finca pueden mejorar la que hubiere. Aprobado el remate y consignado el precio, el Juez dicta auto de adjudicación. A diferencia de lo que ocurre en Derecho

inglés, no es el acreedor sino el Juez el que vende en nombre del deudor. En el mismo auto se ordena la cancelación de las cargas posteriores, quedando a disposición de sus titulares, en el Juzgado y no en manos del acreedor, el sobrante del remate una vez satisfecho el capital, intereses y costas de la hipoteca ejecutada. Por lo tanto, es el Juez el que satisface a aquéllos, por su orden, sin que el acreedor tenga la incómoda obligación de determinar a quién ha de entregar dicho sobrante. Los derechos y cargas preferentes subsisten.

El procedimiento extrajudicial sumario de ejecución hipotecaria está previsto, genéricamente, en el párrafo segundo del art. 129 de la Ley y desarrollado en los arts. 234 a 236 del Reglamento. Sólo es posible acudir a él si se pacta expresamente en la escritura de constitución de hipoteca. De alguna manera este procedimiento participa del carácter privado de la ejecución de la hipoteca mediante venta, peculiar del Derecho inglés, sin llegar, ni mucho menos, a asimilarse a ella. Es una modalidad de ejecución semipública y, por tanto, intermedia entre la inglesa y el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la L.H.

El procedimiento se entiende y la subasta se celebra ante Notario, es decir, al margen de los Tribunales. En la escritura de constitución de la hipoteca, el deudor ha de designar un mandatario que le represente en su día en la venta de la finca, pudiendo ser este mandatario el

mismo acreedor. Esta designación es irrevocable. Jurisprudencialmente está establecido que por fallecimiento del acreedor mandatario el poder pasa a los herederos, que tal mandatario está facultado para concurrir a la subasta y que el acreedor-mandatario puede adjudicarse la finca a sí mismo. La figura del acreedor-mandatario tiene claras connotaciones inglesas, a pesar de que en aquellas latitudes el acreedor no puede ser comprador - al mismo tiempo pero aquí sí, lo que se comprende, porque es preceptiva la subasta pública. Constituye otra aproximación al sistema inglés la no necesidad de pactar domicilio para notificaciones, con lo que hay que entender que se ha querido que el requerimiento se practique, no en un domicilio convencionalmente fijado, sino en el real del deudor. En cuanto a los demás trámites - hay un notable paralelismo con el procedimiento sumario hipotecario del art. 131 de la Ley.

El tercero de los procedimientos reales por el que puede optar el acreedor es el de ejercitar la acción hipotecaria a través del juicio ejecutivo ordinario de -- los arts. 1429 y sgs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como la regulación de esta Ley sólo tiene en cuenta la ejecución que se dirige contra el deudor personal, las reglas complementarias de la Ley Hipotecaria (arts. 126 y 127 y 222 del Reglamento) adaptan el procedimiento al caso de que la ejecución se dirija contra bienes hipotecados en poder de un tercer poseedor o que pertenezcan a un hipotecante por deuda ajena (PUIG BRUTAU, Fundamen

tos...; III, 3°, pags 197 y 198). Desde nuestro punto de mira comparativo, el estudio de sus reglas no aporta nada nuevo respecto a lo ya dicho.

En términos generales, que más tarde precisaremos, un acreedor hipotecario inglés puede ejercitar una acción judicial -que podemos denominar acción comisoria o extintiva del derecho equitativo de redención (foreclosure)- solicitando que el derecho a redimir la carga que asiste al deudor y a quienes traigan causa de el, incluí dos los acreedores posteriores, se extinga, pasando el dominio del predio hipotecado, en términos absolutos, a manos del acreedor. En su aplicación práctica, la acción comisoria ha conocido diversas alternativas históricas - que oscilan entre su primitivo carácter de remedio por excelencia del acreedor defraudado en sus expectativas de cobro, a su muy escasa utilización actual unida, sin embargo, a una clara tendencia hacia su renacimiento en el favor de los acreedores.

Todo acreedor hipotecario legal, tanto si se trata de fincas inscritas como no inscritas, puede ejercitar esta acción. La jurisprudencia, con criterio progresivo, ha reconocido idéntica facultad a los acreedores hipotecarios equitativos, en virtud de pacto expreso o implícito, y dentro del marco institucional de la eficacia subordinada de estos derechos, con la única excepción de los titulares de afecciones en pago con fuerza de hipoteca equitativa. Asimismo, todo deudor hipotecario puede -

ser decomisado, sin más excepción que la Corona, es decir, el Estado.

Tanto en su perspectiva histórica como en su regulación actual, el ejercicio de la acción comisoría puede implicar, como solución alternativa ordenada por el Tribunal competente, una venta de la pertenencia hipotecada. Si se pretende extinguir el derecho equitativo de redención habiendo acreedores posteriores, o si el valor del predio es superior al del crédito garantizado, el Tribunal, a petición de parte interesada, generalmente ordena una venta en vez de autorizar un decomiso. Ahora bien, durante los plazos concedidos dentro del procedimiento comisorio para pagar la deuda y redimir la carga, un acreedor hipotecario solo puede ejercitar su facultad institucional de venta con autorización expresa del Tribunal competente que conozca de la acción comisoría. La solicitud de venta como solución alternativa al decomiso ha de hacerse probando el valor real de la finca y garantizando al acreedor-mediante el depósito oportuno- contra todo perjuicio en cuan-to al cobro del capital, intereses y costas. En caso contrario, es muy problemático que el Tribunal resuelva favorablemente al peticionario, porque la venta como alternativa ha de basarse en una lógica expectativa de obtener un sobrante. La venta ordenada por el Tribunal puede limitarse a una parte de la propiedad con cuyo precio habría suficiente para hacer el pago, pudiendo ordenar una venta rápida si tal decisión beneficia a to

dos los interesados o, al menos, no perjudica a ninguno de ellos. La gestión de la venta -he aquí una importante diferencia con relación a la genuina facultad de venta del acreedor- la lleva el deudor o un segundo acreedor, en cuanto principales interesados en obtener un beneficio económico del acto dispositivo. El precio de tasación, si el acreedor no da su consentimiento a la venta, debe establecerse en una suma que alcance a cubrir lo que a él se le debe.

La anterior exposición de normas que limitan el -- ejercicio de la acción comisoria que asiste al acreedor, imponiéndole una venta como solución alternativa, sitúan dicha facultad del acreedor dentro de un marco institucional plenamente razonable y justo que, al margen de todo tecnicismo jurídico, cabe expresar del siguiente modo: el acreedor puede quedarse con la cosa hipotecada en pago de su crédito siempre que con ello no se enriquezca - injustamente por cuenta del deudor o de acreedores posteriores.

La lista de las personas interesadas en el derecho equitativo de redención, que han de ser demandadas en el procedimiento comisorio correspondiente, es potencialmente muy amplia. El deudor encabeza la relación. Por derivación de él, en las múltiples situaciones jurídico-reales que son posibles en Derecho inmobiliario inglés, hay que considerar parte en esta acción al comisario de la quiebra del deudor, al adquirente por acto "inter vivos"

del derecho equitativo de redención, a los administradores-ejecutores de su herencia, etc. Por derecho propio son parte interesada todos los acreedores posteriores.

Un serio problema se suscita cuando, desconociendo el acreedor demandante la existencia de acreedores posteriores, se consuman los efectos de la acción comisoria. Si el demandante desconoce de buena fe tal existencia, la resolución vincula a los ignorados acreedores - posteriores en cuanto a la liquidación de las cuentas, pero no en cuanto a los restantes efectos sustantivos del decomiso. Pero si la marginación del acreedor posterior es consecuencia de alguna maquinación fraudulenta, la víctima puede solicitar la reapertura del procedimiento con plenitud de efectos.

El fallo que se dicta dispone, en síntesis, que, - supuesto que la orden de pago dirigida al deudor o titular del derecho equitativo de redención que corresponda sea inoperante, tenga efecto el decomiso en favor del - actor, y si éste hubiere solicitado al mismo tiempo la posesión del inmueble o el Tribunal estimare oportuno - otorgarla, se ordena que el deudor la entregue de inmediato al acreedor-actor. Pero veamos todo este mecanismo jurídico, considerablemente complejo, un poco más en detalle.

Si hay acreedores posteriores, se les ofrece, por su orden, la oportunidad de pagar al actor, so pena de

decomiso de su derecho equitativo de redención. Después de ellos, se ofrece la misma oportunidad al deudor, bajo la misma amenaza, si no la aprovecha. Pero si los -- acreedores posteriores, o al menos alguno de ellos, hacen uso de la facultad de llevar a cabo la redención de la carga, el que la levanta tiene facultad para exigir que el importe de lo satisfecho por principal, intereses y costas, se sume a lo que por razón de su propio crédito podría reclamar, y así sucesivamente, dado que existan terceros y posteriores acreedores hipotecarios. Si el último de ellos levanta la totalidad de las cargas precedentes, su crédito frente al deudor se compone de la suma de todos los créditos cancelados por él, y si aquél no le paga, se otorga el decomiso a su favor.

El plazo para el pago lo suele fijar el Tribunal -- en seis meses. Antaño, si había acreedores posteriores, se concedía un primer plazo de seis meses y tantos de -- tres, sucesivos, como interesados en el derecho equitativo de redención hubiera, además del primero. En la actualidad, el plazo es común para los interesados personados en el procedimiento, como norma general, pero no absoluta. Este o estos plazos son prorrogables en virtud de circunstancias suficientemente acreditadas como, por ejemplo, la existencia de gestiones serias para vender la garantía en condiciones convenientes para todos. Comunmente, la prórroga tampoco se concede en términos incondicionales, exigiéndose el pago de intereses y costas antes de concederla.

La orden absoluta de decomiso ha de sustentarse en una declaración jurada de impago. Constituye un segundo momento en el fallo del Tribunal, que antes había ordenado el decomiso subordinado a la condición de que el pago no se produjera dentro del plazo concedido al efecto.

A pesar de haber sido decretado el decomiso absoluto, excepcionalmente, el Tribunal puede ordenar su reapertura o reconsideración si concurren circunstancias tales como ignorancia o error sobre el estado del procedimiento o respecto de la fecha fijada para el pago, enfermedad o una accidental imposibilidad para viajar de la persona obligada al pago, etc. E incluso el hecho de que la propiedad decomisada tenga un valor especial para el deudor puede tomarse en consideración.. Además, si después de que la acción comisorio haya producido su efecto, el acreedor ejercita la acción personal para el cobro de su crédito por estimar que el valor de la finca es insuficiente para cubrirlo, automáticamente se abre de nuevo el procedimiento comisorio, recuperando el deudor la facultad de amortizar el préstamo y cancelar la hipoteca.

Después del decomiso es evidente que el acreedor puede vender la pertenencia decomisada; el comprador normalmente adquiere en firme por lo que, aun cuando proceda la reapertura del procedimiento comisorio, el deudor no puede ser compensado con la devolución en es-

pecie de la finca perdida, pero sí con el precio que el acreedor obtuvo con la venta.

El decomiso proporciona al acreedor-ejecutante la pertenencia hipotecada o pertenencia base y no la simple consolidación de la pertenencia obrante en su poder a efectos de garantía hipotecaria.

La posibilidad de una acción comisoria está institucionalmente excluida en el sistema hipotecario español. La prohibición del pacto comisario está claramente expresada en el C.C., arts. 1859 para la prenda y la hipoteca (el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas) y 1884 para la anticresis (el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido; todo pacto en contrario será nulo...).

Comentando estos preceptos PUIG BRUTAU (Fundamentos III, 3º, pags 19 y sgs.) puntualiza que el justo rigor de estas reglas no permite olvidar sus límites, como ha tenido ocasión de recordar la jurisprudencia. Es preciso no confundir esta prohibición del pacto comisario -- con la posibilidad de convenir una verdadera compraventa, aunque sometida a la condición de que el deudor deje de pagar la deuda existente. Pero es igualmente preciso evitar que un verdadero pacto comisario quede desfigurado bajo la apariencia de una compraventa. Tampoco se opone la prohibición del pacto comisario a la posibi

lidad de que deudor y acreedor celebren un contrato de dación en pago, que en definitiva se rige por las reglas de la compraventa, pues, como declaró la sentencia de 1-3-1969, "el crédito que con ella se satisface adquiere la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen...". En ambos supuestos, sin embargo, la línea divisoria entre lo prohibido por razón de pacto comisorio y lo permitido por razón de compraventa dista mucho de ser nítida, por lo que se trata de fórmulas de utilización no aconsejable.

Lo que si está claro es que la prohibición del - pacto comisorio no impide que, al subastarse la cosa hipotecada, concurra el acreedor a la subasta y pueda llegar a ser el adjudicatario de la finca. Es decir, - que puede pujar como cualquier otro postor, sin perjuicio de hacer uso de las facultades legales de adjudicación previstas en las tres clases de procedimientos mediante los cuales puede hacer efectivo su derecho. Así, en las reglas décima a duodécima del art. 131 de la -- Ley Hipotecaria, se faculta al acreedor para adjudicarse las fincas por el tipo de la primera o segunda su--basta y para mejorar el tipo del remate habido en la - tercera. Por su parte, la regla 6^a del art. 235 del Reglamento Hipotecario establece igual facultad para el acreedor en el procedimiento extrajudicial, si bien sólo después de celebrada la segunda subasta y por el único precio que ha ^{ya}servido de tipo uniforme en las dos - habidas. Tratándose del procedimiento ejecutivo de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, los arts. 1504 y 1505 preven una posibilidad semejante, más próxima a la del -- procedimiento judicial que a la del extrajudicial. Ahora bien, en todo caso se trata de auténticas compraventas judiciales, pues el acreedor que se adjudica su garantía ha de entregar la parte del precio del remate -- que exceda del importe de su crédito. La naturaleza jurídica de estas instituciones es claramente no comisoria.

El estudio de las normas por las que se rige la -- acción comisoria inglesa nos confirma una impresión ya anticipada: hay en el legislador una estudiadísima ac-- titud de cautela para evitar abusos, en todo caso injustificables, por parte del acreedor. Decomiso de todos los interesados, amplio plazo para pagar, prórrogas, -- reapertura del procedimiento por múltiples causas, etc, ponen bien a las claras que el legislador actual no es un entusiasta de la solución comisoria libre, como queda patentizado, además, por el hecho de que la somete a procedimiento judicial, a diferencia de la facultad -- de venta que es ejercitable por el acreedor sin necesi-- dad de acudir a los Tribunales.

Por todo ello, y a pesar de partir de principios -- tan dispares, resulta que la última diferencia práctica entre ambos Ordenamientos, en este punto, es la de que el acreedor español puede quedarse con la cosa hipotecada, en concurrencia libre con cualquier otro postor, pa

gando un precio normalmente superior al importe de su crédito, mientras que el inglés tiene la oportunidad, sujeta a la alternativa de una venta ordenada judicialmente, de ingresarla en su patrimonio a cambio, exclusivamente, del importe de su crédito. En ambos casos, -- sin menoscabo del derecho del deudor y de los acreedores posteriores a pagar y liberar la finca de la hipoteca que se ejecuta.

Tras el estudio de las acciones o remedios que entrañan realización de la garantía pasamos al de los que, aún persiguiendo la efectividad del crédito, no llegan a desencadenar tan radical efecto. Son la acción personal derivada del contrato, la toma de posesión del predio y el nombramiento de un administrador.

La existencia de cualquier hipoteca va necesariamente ligada a la de una obligación pecuniaria, generalmente un préstamo, cuyo recobro viene a garantizar con sus enérgicos efectos reales. En virtud del préstamo, el prestatario está personalmente obligado, según los términos de lo convenido, al pago de la deuda contraída. El capital prestado y sus intereses son dos deudas distintas y como tales pueden ser reclamadas separadamente.

Supuesto el incumplimiento del pacto expreso de pago de la deuda en fecha determinada, el acreedor hipotecario, y quiénes traigan causa de él en virtud de título "inter vivos" o "mortis causa", pueden, sin perjuicio -

de la garantía adicional que la hipoteca representa, -- ejercitar acción contra quien resulte personalmente obligado, deudor principal o fiador, salvo que la especialidad de la relación excluya su existencia, como cuando - el prestatario es un fiduciario en calidad de tal.

La obligación personal del contrato no sigue, en su transmisión, al derecho equitativo de redención y, por consiguiente, el acreedor no puede, en principio, interponer acción personal alguna contra el cesionario de este derecho. La cesión del derecho equitativo de redención tiene como efecto principal el de privar al deudor cedente de la facultad de cancelar la deuda y redimir la carga, pero si, no obstante haberlo cedido, se ejercita contra él la acción personal derivada del contrato, automáticamente recupera su facultad de redimir la carga.

La determinación del momento en que nace la acción personal que faculta al acreedor para dirigirse contra el deudor, ha de hacerse en función de los términos del contrato. Sustancialmente se reduce a dos posibilidades: fecha de pago fijada contractualmente o requerimiento de pago previo, supuesto que se omita dicha fijación.

El acreedor puede perder la facultad de demandar -- personalmente al deudor, según ya sabemos, si no está en condiciones de devolverle la pertenencia hipotecada cuya titularidad hubiere ingresado en su patrimonio. Un acreedor hipotecario tiene, asimismo, bloqueada la facultad

de ejercitar la acción personal derivada del contrato - si, como consecuencia de su propia conducta, no puede devolver al deudor las escrituras solemnes de titularidad de la pertenencia hipotecada. Pero si la actuación del acreedor consiste en vender directamente la pertenencia -sin que ésta, en virtud de decomiso, hubiere - pasado previamente a su patrimonio- ejercitando así su facultad de venta, o la venta se efectúa cumpliendo órdenes del Tribunal, puede demandar al deudor, en virtud del título contractual, por la parte del crédito y pagos anejos que queden pendientes de cobrar.

También en nuestro Ordenamiento la distinción entre derecho principal de crédito y derecho accesorio - de garantía permite diferenciar ambas acciones, personal y real.

De acuerdo con las reflexiones que ROCA SASTRE (op. cit. IV, 2º pags 944 y sgs) y PUIG BRUTAU (op. cit. III, 3º, pags 155 y sgs y 195 y sgs) hacen sobre esta distinción, el hecho de que el crédito se halle asegurado con hipoteca no suprime la acción personal del acreedor contra el deudor y los fiadores, sino que además le dota - de una acción real que recae sobre los bienes hipotecados, que no pueden sustraerse a la responsabilidad por la deuda aunque salgan del patrimonio del deudor. Aunque solo se ejercite la acción personal, los bienes hipotecados pertenecientes al deudor serán los primeramente - afectados, aunque el embargo podrá extenderse a otros -

bienes si los hipotecados no hubiesen de ser suficientes. Por ello, la diferencia entre acción personal y acción real se percibe más claramente cuando los bienes hipotecados pertenecen a hipotecante por deuda ajena o han pasado a poder de un tercero. Debe tenerse en cuenta que si el acreedor quiere acumular la acción personal y la real hipotecaria en un mismo procedimiento, tendrá que seguir necesariamente el procedimiento ejecutivo ordinario, aparte de la posibilidad, indudable pero verdaderamente insólita, de seguir el juicio declarativo ordinario.

Estas reflexiones doctrinales tienen su apoyo en el art. 105 de la Ley Hipotecaria que dispone que la hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1911 del Código Civil. Hay, sin embargo, una excepción que no empareja por su origen con la que atañe a las hipotecas constituidas en Derecho inglés por quiénes, como un fiduciario, son administradores institucionales de intereses ajenos, pero que produce efectos análogos a esta. El art. 140 de la Ley Hipotecaria establece que, no obstante lo dispuesto en el art. 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los

demás bienes del patrimonio del deudor. En definitiva, este artículo deja, en principio, subsistente la deuda personal, pero con la responsabilidad circunscrita al bien hipotecado.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925, dispone -- que un acreedor está facultado para designar administrador de la pertenencia hipotecada cuando llegue el -- momento en que pueda ejercitar la facultad estatutaria de venta, es decir, cuando se le adeuden cantidades por razón de la hipoteca. Es esta una de las atribuciones -- más ventajosas del acreedor, ya que el administrador de signado por él está de forma muy directa a su servicio, pero es un agente o representante del deudor, por lo -- que el acreedor nunca es responsable de la actuación do losa del administrador.

Las previsiones legales en la materia pueden excluirse, modificarse o ampliarse, en virtud de pacto ex preso reflejado en el contrato de hipoteca, incluso en lo referente al carácter, normalmente atribuido al admi nistrador, de representante del deudor.

La facultad de designar administrador, que es ejer citable aún después de que el acreedor haya obtenido la posesión del predio, no constituye un compromiso irrevocable. Es decir, la inamovilidad no constituye una de -- las características del cargo, ni tampoco su gratuidad. El administrador tiene derecho a percibir el 5% del pro

ducto bruto obtenido y a que se le abonen los gastos legítimamente realizados.

El administrador está legalmente facultado para -- exigir y cobrar todas las rentas y productos para cuya percepción fue designado, mediante acción judicial, ejecución privada o de otro modo, en la misma medida en que podría hacerlo el deudor y estando capacitado para dar - recibo de lo percibido. El que lo es en virtud de pacto expreso tiene las facultades que expresamente se le hubieren conferido. Entre las facultades no atribuidas a un administrador designado por el acreedor figura la de constituir arrendamientos reales, a menos que el acreedor haya delegado expresamente en él sus atribuciones - al efecto.

La obligación que constituye el núcleo de su función es la de aplicar el dinero recibido en concepto de frutos y rentas con arreglo a un orden que marca la ley: impuestos y gastos, cargas anteriores, cobranza de su - comisión, primas de seguros y gastos de reparación del inmueble, intereses y capital del préstamo hipotecario cuyo titular le hubiere designado y, por último, el remanente ha de entregarlo a la persona que habría recogido los frutos y rentas en el caso de que él no hubiera sido designado administrador.

Un administrador designado de conformidad con las previsiones legales no puede ni debe ser interferido por

el deudor en el ejercicio de su función; cualquier intento de interferencia puede ser refrenado y sancionado.

La designación de administrador judicial, facultad atribuida a los Tribunales en la Ley del Tribunal Supremo de Justicia de 1925, ha quedado, en cuanto a su ejercicio, muy relegada a un segundo plano como consecuencia de la facultad, asimismo legal, que asiste al acreedor de ser él quien designe al administrador.

Aunque el nombramiento de un administrador judicial es un acto discrecional del juzgador, no puede, sin embargo convertirse en un acto arbitrario, ya que ha de hacerse atendiendo a las circunstancias del caso: acción pendiente ante el propio Tribunal (tanto si se trata de hipoteca legal como equitativa) incumplimiento por el deudor de alguna de sus obligaciones y garantía en peligro o abandonada, etc.

La designación de un director (manager), y no de un simple administrador, resulta procedente cuando la hipoteca comprende un inmueble que sirve de soporte físico a una empresa de cualquier tipo, en funcionamiento, cuyas instalaciones resultan asimismo hipotecadas.

El administrador judicial está obligado a prestar fianza, obligación de la que rara vez suele ser dispensado.

Su misión, en síntesis, no difiere grandemente de

la del administrador designado por el acreedor: cuidarse de la explotación de la finca, percibiendo sus frutos y rentas, liquidando los gastos precisos y aplicando el su peravit del conjunto de estas operaciones económicas -he aquí la distribución fundamental con el administrador -- "privado"- de acuerdo con las directrices fijadas por el Tribunal, al que deberá rendir cuentas, en todo caso, de su gestión.

Nadie puede interferir la gestión posesoria del administrador sin contar con el Tribunal de cuyo poder de de cisorio no es sino un mero agente ejecutivo.

La figura del administrador de la finca hipotecada, nombrado a causa de que el deudor hipotecario incumpla - sus obligaciones, señaladamente la de pago, es prácticamente desconocida en Derecho español. Por excepción, el art. 117 de la Ley Hipotecaria, ya estudiado en otro lu gar, faculta al Juez para cuando el acreedor ejercita - la acción de devastación y el deudor reincide en su conducta nociva, poner el inmueble en administración judicial. Hay que pensar que esta administración, a falta - de precepto hipotecario expreso, es la regulada en el -- art. 1450 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (administraci ón judicial que se confía a la persona que el acreedor designe) ajustándose la correspondiente rendición de cuen tas a lo prevenido en los arts. 1010 y siguientes de la misma Ley, es decir, con una frecuencia anual mínima. Se trata de una figura de administrador intermedia entre las

dos que son típicas del Derecho inglés: su nombramiento lo hace el acreedor pero el control y la dependencia -- son judiciales. Amplia autonomía en cuanto a las facultades administrativas ordinarias y control en las de administración extraordinaria que sean de necesidad, son las dos líneas maestras que regulan el funcionamiento de esta administración.

Constituída la hipoteca legal, el acreedor queda -- automáticamente facultado para tomar posesión del inmueble, lo que, normalmente, no suele acontecer. En la práctica, el deudor recibe, generalmente, autorización para conservar la posesión del inmueble, a veces de forma explícita y otras por mera tolerancia del acreedor. Esta -- situación posesoria suele prolongarse hasta que, sobrevenido el incumplimiento de la obligación de pago que atañe al deudor, el acreedor considera inevitable poner en marcha los mecanismos necesarios para lograr la efectividad de sus derechos. Los segundos y posteriores acreedores hipotecarios están, asimismo, facultados para tomar posesión de la finca, con subordinación a igual derecho del acreedor hipotecario anterior.

El acreedor hipotecario de carácter equitativo, al que la hipoteca no le confiere la titularidad de pertenencia alguna, carece, generalmente, de facultad posesoria sobre la finca, a menos que el contrato contenga -- previsión al efecto, lo disponga un Tribunal competente o lo permita expresamente el deudor. La trascendencia --

práctica de la diversa naturaleza de la hipoteca equitativa es, no obstante, en lo referente al tema posesorio, prácticamente irrelevante puesto que la posesión no inicial, en cualquier caso, rara vez pasa a manos del acreedor, dado que el deudor se resiste a ello sin una orden judicial expresa. Por consiguiente, como el acreedor hipotecario equitativo puede acceder a la posesión en virtud de resolución judicial, que es la vía normal y generalizada para el ejercicio de dicha facultad por toda clase de acreedores, el trato menos favorable inherente a su peculiar condición es, en la mayoría de los casos, más aparente que real.

El acreedor puede ejercitar su derecho contra el deudor o un arrendatario de éste que no le vincule a él y, siempre que no se trate de una hipoteca equitativa, tomando posesión directa y pacífica del inmueble; también puede hacerlo notificando a un arrendatario cuyo título le vincule para que, en lo sucesivo, le pague la renta.- El carácter necesariamente pacífico de la toma de posesión directa la hace sumamente infrecuente, dejándola -- reducida a los supuestos de autorización del deudor o -- abandono de la finca.

Una vez que el acreedor asume efectivamente la condición de poseedor, no puede, fácilmente, renunciar a ella; los derechos y obligaciones que le son propios le siguen afectando aun cuando ceda su hipoteca, siendo poco frecuente que el Tribunal acuda en su auxilio median

te el nombramiento de un administrador judicial. Estas arduas condiciones hacen que el acreedor no suela llamarse al ejercicio de su facultad posesoria, sino como requisito previo al ejercicio de su facultad de venta, a fin de que ésta no quede obstaculizada por la presencia de posesión adversa.

En el juicio posesorio, las únicas personas que han de ser citadas como demandadas, además del deudor, son quiénes tengan facultad de continuar ocupando el inmueble, independientemente de la relación hipotecaria de la que emane la acción posesoria del acreedor. La orden posesoria no les perjudica si se omite su citación.

Tras el estudio de los casos y medios a través de los cuales le es dado al acreedor hipotecario alcanzar la posesión de la garantía, procede ahora analizar el estatuto (obligaciones y derechos) del acreedor hipotecario en posesión.

Entre sus facultades descuella, como más importante, la de percibir los productos (frutos y rentas). Asimismo, está facultado para exigir el pago de todas las rentas vencidas y no satisfechas en el momento de su toma de posesión. En los supuestos en que la finca hipotecada incluya un negocio o actividad industrial o mercantil, el acreedor que entre en posesión del predio está facultado para continuar dicha actividad. Los productos han de aplicarse a satisfacer los gastos de explotación y --

los intereses del préstamo. Los excedentes pueden destinarse a aminorar el capital del préstamo, pero el acreedor no está obligado a aceptar estos pagos parciales.

Entre las obligaciones del acreedor-poseedor destaca la de rendir cuentas al deudor de la explotación de la finca. Su responsabilidad en cuanto a esta obligación se extiende a cuantas personas estén interesadas en el - derecho equitativo de redención. Si el acreedor prolonga su posesión más del tiempo preciso para amortizar su crédito, ha de satisfacer renta por razón del exceso pose-sorio en que incurra. La rendición de cuentas es obliga-ción tan severa que no puede exonerarse de ella mediante pacto. En lo concerniente a la conservación del inmueble hipotecado, no se le exige el mismo celo que al dueño: - no tiene obligación de reconstruir edificios ruinosos ni es responsable del deterioro producido por el paso del - tiempo. Tampoco es responsable de los deterioros, en ge-neral, que se produzcan en el inmueble, pero ha de abstenerse de causarlos más allá de lo que sea estrictamente necesario para el buen fin de su derecho de garantía. Pero sí responde de los daños que el predio experimente -- por su negligencia grave. Como compensación a esta carga, tiene derecho a ser resarcido de todos los gastos que -- efectúe para preservar la integridad física y jurídica de la finca.

La posesión del inmueble por el acreedor hipoteca-rio puede producir prescripción extintiva de los derechos

del deudor en favor de aquél. Así, cuando posee como acreedor durante doce años, no habiendo reconocido durante este tiempo el derecho del deudor, se extingue - el título de éste y el de cualquier otra persona que - traiga causa de el, entre las que se encuentran los -- acreedores posteriores.

La relación existente entre acreedor y deudor, -- cuando éste permanece en posesión de la finca, ha sido objeto de múltiples debates por su difícil catalogación jurídica. Efectivamente, resulta que el acreedor hipotecario que es arrendatario del deudor, aunque lo sea con fines de garantía, continúa ocupando, poseyendo, en suma, la finca al mismo tiempo que el deudor.

Para un adecuado enfoque teórico-práctico puede - bastar con decir que el deudor ocupante por mera tolerancia del acreedor, no es ni el titular de un arrendamiento de duración indeterminada (tenancy at will) ni un administrador del acreedor, sino mas bien el titular de un arrendamiento simplemente tolerado o en precario (tenancy at sufferance). Sin embargo, el pacto expreso de respetar al deudor en la posesión de la finca entraña un mero arrendamiento del acreedor al deudor, de - signo inverso, durante el plazo de la hipoteca. En este último supuesto, la clave de relación arrendaticia que entre acreedor y deudor se constituya, depende del léxico del contrato y, en particular, de la cláusula "ad - hoc", así como de la intención de las partes contratantes. El arrendamiento anual y el de duración indeterminada.

nada suelen ser las modalidades más frecuentemente utilizadas.

El desalojo del deudor en cualquier momento es posible, incluso aunque su posesión se base en pacto expreso, si el acreedor hace reserva de sus facultades al respecto. Pero si el acreedor pacta la renuncia a su facultad posesoria salvo para el caso de que el deudor incumpla sus obligaciones en cuanto prestatario, y, a pesar de que no se produzca tal incumplimiento, aspira a tomar posesión del inmueble, es posible que el Tribunal rechace dar cauce libre a sus aspiraciones; a pesar de todo, si los jueces estiman que la pretensión del acreedor es jurídicamente viable, el deudor queda facultado para pedir la indemnización de daños causada por el incumplimiento del pacto arrendaticio.

El régimen de los arrendamientos no hipotecarios - en concurrencia con la hipoteca merece también ciertas consideraciones.

Un arrendamiento creado por el deudor antes de que se constituya la hipoteca, es vinculante para el acreedor hipotecario. El arrendatario puede seguir pagando - con efectos liberatorios, la renta al arrendador-deudor, aun cuando tenga conocimiento de la existencia de la hipoteca y siempre que se trate de rentas ya devengadas, e incluso de las que están pendientes de producirse, siempre que el acreedor no le notifique su voluntad en contra

rio. El deudor puede reclamar estas rentas en tanto el acreedor no tome posesión del inmueble.

Sin autorización del acreedor, el deudor, en principio, no está facultado para crear arrendamiento real alguno después que la hipoteca quede válidamente constituida. El arrendatario cuyo derecho se configure vulnerando esta prohibición puede ser desalojado en cualquier momento. También es posible que el acreedor acepte al arrendatario del deudor como si fuera su propio arrendatario. Antes de que esto ocurra -si es que llega a producirse- el acreedor no puede ejercitar acción alguna, ni judicial ni extrajudicial, en reclamación de las rentas debidas por el arrendatario. La facultad legal de -- constituir arrendamientos ha sido estudiada anteriormente (v. 6 precedente) en cuanto atribución del deudor hipotecario. Las mismas normas son de aplicación cuando, -- alternativamente el acreedor es poseedor. Digamos, como complemento, que, en la práctica, las facultades legales del deudor hipotecario en orden a la constitución de -- arrendamientos reales se excluyen o restringen en la escritura de constitución de la hipoteca. Tales facultades solo las puede ejercitar el acreedor cuando está en posesión del predio pero, a la inversa, puede suceder que el pacto sobre ellas le autorice para usarlas a pesar de -- que carezca de tal posesión.

Si el arrendamiento no se constituye en uso de las facultades legales de arrendar que competen al acreedor y al deudor, se requiere, para que la relación locativa

quede constituida con plena validez, que concurran a la celebración del contrato, en calidad de arrendadores, - tanto el acreedor como el deudor.

Uno de los derechos del acreedor hipotecario en el Ordenamiento jurídico español es el de pedir la posesión o administración interina de la finca. Se trata de una - facultad ejercitable, en todo caso, previo incumplimiento por el deudor de las obligaciones garantizadas con hipoteca, lo que constituye una primera diferencia con la correlativa facultad del acreedor hipotecario inglés, -- que dejamos debidamente anotada.

La regla 6^a del art. 131 de la Ley Hipotecaria dispone que, transcurrido el término de diez días desde el requerimiento de pago, el actor podrá pedir que se le -- confiera la administración o posesión interina de la finca, si así se hubiere pactado en la escritura de constitución de hipoteca o tuviere reconocido expresamente ese derecho por alguna Ley. El acreedor percibirá las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiere estipulado, y los frutos y rentas, posteriores, cubriendo con ello - los gastos de conservación y explotación que la misma -- finca exija y después su propio crédito.

Si los actores fuesen más de uno, corresponderá la administración al que sea preferente registralmente, y - si lo pidieren varios de la misma prelación, decidirá el Juez, a su prudente arbitrio, quien ha de ser el poseedor

repartiéndose los frutos y rentas, en todo caso, a prorrata de sus respectivos créditos.

Una importante limitación temporal de esta posesión y administración interina es la contenida en el párrafo 1º del art. 133. En su virtud, la misma no podrá exceder de dos años, como norma general. A su término, el acreedor rendirá cuentas de su gestión al Juez, quién las aprobará, si procediere. Sin este requisito no podrá proseguirse la ejecución. Tanto el control judicial como el límite temporal son peculiaridades de nuestro sistema que trazan un cauce posesorio notoriamente más angosto - que el definido por el Ordenamiento inglés. Y es que el acreedor español no es "per se" un arrendatario, por lo que poner la posesión en sus manos no puede tener más significado que el de un arma estrictamente defensiva para evitar que se malogre su crédito.

En la administración o posesión interina de la finca, el acreedor no recibe los frutos como bienes embargados que ha de mantener en depósito, sino que los recibe por tener derecho a su adjudicación en propiedad. Por consiguiente, se trata de una verdadera situación de anticresis, a diferencia de lo que ocurre en los demás casos de administración judicial (PUIG BRUTAU, op. cit., - III, 3º pag 192).

Esta incorporación legal de los peculiares efectos de la anticresis a la hipoteca en fase de ejecución, con

el fin de reforzar su capacidad de instrumento de cobro en manos del acreedor, es un planteamiento jurídico que el Derecho inglés hace con muchísima más amplitud, por lo que, con referencia a la hipoteca legal cabe afirmar que es institución en la que se funden las nuestras de hipoteca y anticresis. Se trata de una característica que está profundamente enraizada en la historia del sistema hipotecario inglés, como el mismo PUIG BRUTAU (op. cit., III, 3ºpags 47 y 48), gran conocedor de los sistemas jurídicos anglosajones, se cuida en poner de relieve.

El Código Civil español configura la anticresis como institución jurídica independiente, pues constituye uno de los tres derechos reales (prenda, hipoteca y anticresis) que regula en su articulado. Sin embargo, en la práctica, sigue manifestándose de manera preferente -- en combinación con la prenda y la hipoteca, y no solo -- por efecto de lo prevenido en la ley (con apoyo en la voluntad de las partes) para el caso de ejecución de la hipoteca, sino también como consecuencia de lo que a veces se pacta para antes de que la hipoteca entre en fase de ejecución. La práctica jurídica, dice SANZ FERNANDEZ (El derecho de preferencia en la anticresis; Revista del Derecho Privado, 1943, pag. 228), ha asimilado totalmente el derecho de anticresis y el de hipoteca hasta el punto de que sería difícil, en la mayoría de las escrituras e inscripciones de anticresis, distinguir ésta de una hipoteca constituida con pacto anticrético.

Finalmente, ha de merecer brevemente nuestra atención el grupo residual constituido por las facultades complementarias del acreedor en las hipotecas legales.

El acreedor hipotecario legal está facultado para asegurar la finca hipotecada, contra el riesgo de incendio, incrementando la cuantía del crédito hipotecario con el importe de las primas del seguro, salvo pacto en contrario o existencia de un seguro contratado por el deudor de acuerdo con lo pactado o respetando las prescripciones legales (2/3 partes de la suma que sería precisa para reconstruir el edificio en el supuesto de su total destrucción). Nuestro sistema hipotecario carece de disposición equivalente, limitándose a considerar hipotecadas con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de siniestros (art. 110 L.H.), pero no impone la obligación de constituir los seguros correspondientes. La práctica contractual suple, en la mayoría de los casos, esta omisión mediante los adecuados pactos que hacen recaer sobre el deudor la obligación de satisfacer las primas de los seguros.

La posesión de las escrituras o títulos de la pertenencia no inscrita que se hipoteca, es un derecho del acreedor, ya estudiado y comentado, que la mayor perfección técnica del sistema hipotecario español hace innecesaria entre nosotros.

Al estudiar, más adelante, la prelación de las hipotecas en el Derecho inglés tomaremos contacto con una institución de cuya existencia dejamos ya constancia: - la extensión de la hipoteca a préstamos posteriores entre los mismos sujetos de la relación jurídica hipotecaria, con rango preferente al de ciertos créditos intermedios. Para las hipotecas constituídas antes de 1926, que todavía subsistan, se mantiene en vigor la institución de la redención conjunta de varios créditos que, - sobre diversas fincas, ostente un solo acreedor contra el mismo deudor, siempre que éste se acoja, para llevar a efecto tal redención, a la correspondiente facultad - equitativa. Se trata de una peculiaridad institucional del Derecho inglés huérfana de parentesco en nuestro Derecho, y que además está en fase de desaparición.

- o - o - o -

Llegamos al tema central del presente capítulo, en el que tiene cabida el estudio de cuantas acciones, medidas o remedios de todo tipo asisten al acreedor hipotecario para exigir el pago de lo que le es debido por razón del préstamo hipotecario.

7.1. Enumeración y ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario (the exercise of the remedies).

En una primera aproximación al tema resulta obligado hacer referencia a las facultades que asisten al acreedor para obtener la protección del objeto de su garantía hipotecaria y, en sus aspectos generales, a la realización de ésta en caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones.

7.1.1. Protección de la garantía (protection of the security)

Desde el momento en que el prestamista hace entrega - del capital del préstamo, quedando válidamente constituida la hipoteca, y tanto si aquél reclama o no la posesión del predio, está automáticamente facultado para preservarlo del deterioro que pueda experimentar en las manos del deudor - hipotecario o de un tercero.

Así, el acreedor hipotecario puede no sólo hacer efectiva la prohibición de actos gravemente peligrosos que, por

ejemplo, minen subterráneamente los edificios, hasta el punto de poner en peligro su misma estabilidad (Dugdale v. -- Robertson, 1857), sino que si acredita, en términos generales, que la conservación del inmueble hipotecado es insuficiente, puede, asimismo, prohibir los actos que de algún modo menguen su valor. Entre los actos cuya prohibición puede obtener el acreedor están la reitrada de inmuebles por incorporación o destino verdaderamente valiosos ("fixtures"; v. 5, capítulo I) (Ackroyd v. Mitchell, 1860; Gough v. Wood & Co., 1894; Huddersfield Banking Co., Ltd. v. Henry Lister & Son, - Ltd., 1895; Ellis v. Glover and Hobson, Ltd., 1908) y la tala de bosques maderables (cutting of timber) (Usborne v. Usborne, 1740; Hampton v. Hodges, 1803; Hippesley v. Spencer, 1820; Humphreys v. Harrison, 1820; King v. Smith, 1843; -- Simmins v. Shirley, 1877; Harper v. Aplin, 1866). Si la propiedad inmueble hipotecada comprende algún establecimiento debidamente autorizado para el ejercicio de determinada actividad pública (licensed premises), el acreedor hipotecario - puede personarse y ser parte en cualquier clase de procedimiento conducente a la renovación de la oportuna autorización administrativa (Garret v. St. Marylebone, Middlesex Justices, 1884). La facultad del acreedor para conservar la integridad económica de la garantía inmobiliaria le permite prohibir a los fiduciarios de un camino de portazgo o peaje (turnpike -- road), reducir las tarifas aplicables puesto que, en definitiva, son ellas las que nutren el valor económico efectivo de la garantía (Lord Crewe v. Edleston, 1857).

No sólo queda prohibido al deudor el tipo de conducta al que nos hemos referido a través del conjunto de ejemplos rela

cionados sino que, en cuanto deudor en posesión de la finca, asume, frente al acreedor hipotecario, las responsabilidades inherentes a la condición de un arrendatario.

Respecto a la consumación o perfeccionamiento de la garantía, el acreedor puede, en cualquier momento anterior a la fecha de vencimiento de la obligación, compeler al deudor a crear en su favor una pertenencia legal (arrendamiento o subarrendamiento real) en el supuesto, claro está, de que la garantía inicialmente constituida no tuviere este rango y, en general, a colaborar en el perfeccionamiento de la garantía real creada en un principio (Grugeon v. Gerrard, 1840; - Malone v. Geraghty, 1843; Sporle v. Whayman, 1855), incluyéndose, en este tipo de colaboración la de perfeccionar el -- acuerdo de principio o precontrato (agreement) inicialmente establecido entre las partes (Browne v. London Necropolis, - etc..., Co., 1857).

7.1.2. Acciones para hacer efectiva la garantía (enforcement of the security)

Las acciones o medidas atribuidas al acreedor hipotecario para hacer efectivo el pago de la deuda son bien de carácter personal, directamente ejercitables contra el deudor, o de carácter real, concernientes a la garantía de esta índole que sirve de respaldo al cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, además de la acción puramente personal para el cumplimiento de la obligación (action on the debt), hay, a disposición del acreedor, varias de índole real: nombramiento de

un depositario o administrador de la finca (appointment of a receiver); posesión directa e inmediata de la misma --- (possession); realización mediante su venta (sale) y extinción del derecho equitativo de redención que asiste al deudor o decomiso (foreclosure), transformándose el acreedor, mediante su ejercicio, en titular o dueño de la garantía. La única acción que puede ejercitarse antes del incumplimiento de la obligación garantizada es el recurso posesorio en favor del propio acreedor. Las demás medidas no pueden adoptarse hasta que la obligación quede incumplida; e incluso entonces el nombramiento de un administrador o la venta están sujetos a determinados requisitos previos a su ejercicio, que examinaremos oportunamente. En cuanto a la extinción del derecho de redención (foreclosure), es oportuno recordar aquí que el deudor dispone de dos diferentes derechos de redención: el de carácter legal (legal right of redemption) que puede ejercitar hasta la fecha de vencimiento de la obligación, y del que no puede ser privado en ningún caso, y el de carácter equitativo (equitable right of redemption), que nace después que dicha fecha ha sido sobrepasada y del que puede ser privado a través del procedimiento al que nos estamos refiriendo (foreclosure) (Heath v. Pugh, 1881). Una venta puede ser ordenada por Tribunal competente sustituyendo a la extinción de la facultad redentoria.

Cuestión de singular trascendencia, para determinar cuándo la garantía real puede ser ejercitada, es la de conocer el momento en que la obligación es exigible. Generalmente se establece el plazo de seis meses desde la fecha de constitución

de la hipoteca, por lo que a falta de pago de la deuda al final del período el derecho a realizar la garantía nace de inmediato. Pero puede mediar un acuerdo entre las partes retrasando la fecha de vencimiento de la obligación, lo que automáticamente implica el aplazamiento de las facultades del -- acreedor a ejecutar la garantía. No hay objeción jurídica, -- incluso, para un pacto de no exigibilidad de la deuda durante la vida de una determinada persona (Bonham v. Newcomb, -- 1864).

Tan pronto como el deudor incurra en incumplimiento de sus obligaciones monetarias (Bonham v. Newcomb, 1684; Wilkes v. Saumon, 1877), por no efectuar los pagos debidos en la - fecha fijada, o previo requerimiento, si la fecha no estuviere establecida de antemano, el acreedor queda automáticamente facultado para ejercitar las acciones que le competen, ya sea contra el deudor, o contra la pertenencia gravada - - (Lockhart v. Hardy, 1846; Paynter v. Carew, 1854; Palmer v. Hendrie, 1859). Contrariamente a lo establecido, en términos generales, por la norma procesal en cuya virtud una persona responsable en términos civiles no puede ser acosada por el ejercicio simultáneo de una multiplicidad de acciones conducentes a un mismo fin, es facultad del acreedor hipotecario, hasta tanto la totalidad del crédito resulte satisfecho, poner en práctica, simultáneamente, todas o algunas de las acciones o medidas que le competen. Por consiguiente, puede, - a un tiempo, demandar el pago del principal y de sus intereses, solicitar que se le confiera la posesión del predio hipotecado y pedir que se declare extinguida la facultad de re

dención del deudor, combinando todas estas peticiones en el ejercicio de una misma acción judicial, si bien es evidente que su resultado práctico no puede, en ningún caso, ser acumulativo; si se obtiene el pago del capital y sus intereses los restantes remedios son innecesarios. Además, con posterioridad y como complemento de las acciones principales, -- puede ejercitar otras conducentes a subsanar las deficiencias en los resultados habidos con aquéllas. Tal es el caso del acreedor que, tras haber ejercitado su facultad de venta del inmueble, judicial o extrajudicialmente, demanda de nuevo al deudor por deficiencias en la finca (Rudge v. --- Richens, 1873; Re Corporation D'Administration et de --- Placement Ltd. and Castonguay, 1971; Gordon Grant & Co., -- Ltd. v. Boos, 1926; Esson v. Rushton, 1971; Coast Realities Ltd. v. Nolan, 1972), y del acreedor que habiendo tomado posesión del inmueble designa, posteriormente, un administrador (Refuge Assurance Co., Ltd. v. Pearlberg, 1938). Pero si después de haber extinguido la facultad de redención del deudor, ejercita el acreedor acción personal contra aquél -- para el pago del capital y de los intereses, se anula el -- efecto extintorio de la acción de redención (Peny v. Barker, 1806).

Como es lógico, un acreedor anterior conserva intactas sus medidas y acciones después de que se haya resuelto judicialmente lo referente al derecho de un acreedor hipotecario posterior.

7.2. Limitaciones en el ejercicio de las acciones
(restrictions on suing)

7.2.1. Consideraciones generales

En determinados casos, el acreedor hipotecario tiene restringida su facultad de ejercitar las acciones y medidas conducentes al buen fin de su derecho. Así, en el supuesto de un estado de cuentas confuso y enmarañado se ha suspendido la acción posesoria ejercitada por el prestamista, sin merma de la seguridad en la amortización del crédito y mediante acción del deudor para el esclarecimiento de la situación contable, por estimar la autoridad judicial beneficioso para todas las partes el mantener en suspenso todo cambio posesorio entre tanto subsista la situación conflictiva en torno al importe de la obligación (Booth v. Booth, 1742). De igual modo, el acreedor hipotecario puede ver interceptado su camino hacia la posesión del inmueble, aunque ejercite la pertinente acción para obtenerla, si el deudor, a su vez, ejercita su facultad para redimir la carga, consignando al mismo tiempo el capital y los intereses debidos (Duncombe v. Greenacre, 1860).

En términos generales, el acreedor hipotecario puede verse privado, transitoriamente al menos, del ejercicio de todas las acciones que le competen si no proporciona al deudor la liquidación del crédito y si rehusa aceptar un adecuado ofrecimiento de pago (Henies v. Griffiths, 1854).

Si el acreedor demanda judicialmente el pago de la deu-

da, está obligado, al conseguir el reconocimiento de su derecho, a restituir la garantía que le servía de respaldo; en el caso de que por haber dispuesto de ella, indebidamente, de algún modo, no esté en condiciones de hacerlo, no puede -- obtener resolución judicial condenando al deudor a que haga -- efectivo el pago (Ellis & Co.'s Trustee v. Dixon - Johnson, - 1925). Tal ocurre cuando las escrituras solemnes en las que -- está titulada la pertenencia objeto de la garantía, y que fue -- ron depositadas en manos del acreedor en el momento y como -- prueba efectiva de su constitución, no puedan entregarse al ir a saldarse la deuda (Schoole v. Sall, 1803), si bien la jurisprudencia no es unánime al respecto (v. 9.1.8, más adelante).

Asímismo, como principio de carácter general, puede establecerse que el acreedor no está obligado a recurrir al remedio o acción más simple de cuantas están a su alcance, o a renunciar al uso de aquélla o aquéllas que entrañen interferencia con los derechos de otras personas reclamantes con base en la misma garantía (por ejemplo, el titular de una segunda hipoteca), a menos que el ejercicio de la acción o remedio en cuestión sea contrario al espíritu e intención de lo convenido o suponga infracción de la buena fe que debe presidir toda relación contractual (Sherborn v. Tollemache, 1863).

En relación con terceros, el acreedor hipotecario puede ser obligado a respetar los derechos que, sobre el predio hipotecado, aquéllos hayan adquirido de manos del deudor, con -- posterioridad a la constitución de la hipoteca, siempre que

aquél haya realizado actos que entrañen un reconocimiento de tales derechos o si la garantía hipotecaria se constituyó conociendo el acreedor que la creación de tales derechos estaba prevista de acuerdo con la finalidad asignada a la propiedad objeto de la hipoteca inmobiliaria (Mold v. Wheatcroft, 1859).

Los Tribunales pueden suspender los procedimientos iniciados por el acreedor en los casos de pago u ofrecimiento de pago del capital, intereses, costas y demás pagos legítimos (France v. Cowper, 1871), si bien pueden negarse a ordenar la suspensión si ésta perjudicase los derechos de otras personas que sean parte en el procedimiento, por referirse éste al tema de la prioridad de varias cargas constituídas sobre un mismo inmueble.

7.2.2. Supuestos especiales

La Ley de Quiebras (the Bankruptcy Act, 1914) - dispone que los Tribunales competentes en la materia pueden, en cualquier momento posterior a la solicitud de declaración de quiebra, suspender una acción de ejecución de hipoteca - así como cualquier otro procedimiento legal que por razón de tal carga se siga ante ellos- y que afecte a bienes inmuebles del quebrado. Asimismo, cualquier Tribunal ante el que estuviere pendiente algún procedimiento de carácter hipotecario, si se le acredita la solicitud de declaración de quiebra del deudor ante el Organo judicial competente, está facultado para suspender el procedimiento o autorizar su prosecución, de acuerdo con lo que estime más adecuado a las circunstancias

del caso. De igual modo, el Tribunal competente en el conoci
miento de la quiebra está autorizado para resolver todas las
cuestiones sobre prioridades crediticias, así como toda cues-
tión tanto de hecho como de derecho, que surja en el expedien-
te de quiebra o que guarde relación con él y sobre la cual --
sea preciso pronunciarse, a criterio del Tribunal, para hacer
debida justicia o proceder a una adecuada distribución de los
bienes del quebrado. De todos modos, la suspensión del proce-
dimiento hipotecario iniciado por el acreedor no constituye
sino un eventual obstáculo procesal y temporal a la efectivi-
dad de su derecho, ya que éste, en esencia, subsiste, sin que
la solicitud de declaración de quiebra constituya obstáculo -
definitivo al ejercicio de la facultad de realizar la garan-
tía o de actuar en relación con ella, en alguna de las formas
posibles.

En cualquier caso, los Tribunales competentes tanto pa-
ra conocer de la quiebra como del ejercicio de alguna de las
acciones hipotecarias que asisten al acreedor, al poner en -
práctica las facultades discrecionales que les están conferi-
das en la Ley que comentamos, han de procurar, en todo momen-
to, que el ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario
dañe lo menos posible los derechos de los restantes acreedo-
res, guiándose en su actuación, según criterio básico en Dere-
cho inglés, por consideraciones de carácter equitativo (Re -
Chideley, Re Lennard, 1875). Así, se ha suspendido el ejerci-
cio de la acción extintoria del derecho equitativo de reden-
ción (foreclosure) iniciada después que el fiduciario o comi-
sario de la quiebra hubiere concertado un ventajoso precontrau

to para la venta del predio objeto de la garantía, ordenándose al acreedor que concurra a la solemnización de la venta y que devuelva las escrituras solemnes de la pertenencia hipotecada, previo pago a través del Tribunal de cuanto se le adeudare y hubiere reclamado legítimamente (Re Woods, 1876). De otro lado, se ha rechazado la pretensión del fiduciario a constituirse como parte en un procedimiento iniciado por el acreedor relativo a cuestiones que en nada afectan a la integridad del valor económico de la pertenencia hipotecada (Re Taylor and Rumboll, 1871), o a interferir la ejecución llevada a cabo por un acreedor que haya obtenido la posesión del inmueble antes de la solicitud de quiebra (Re Hall, 1871). Y, en general se restringe al mínimo posible el ejercicio de las acciones del acreedor hipotecario (Re Wherby, 1879; Re Evelyn, 1894).

La Ley de Compañías Mercantiles (the Companies Act) de 1948 dispone que, en cualquier momento posterior a la solicitud de liquidación (winding up) de una sociedad, y antes de que la misma sea acordada, la propia Compañía afectada y los acreedores o socios de ella pueden solicitar la suspensión de cualquier procedimiento en curso incoado contra ella. El Tribunal al que se dirija la solicitud puede, en función de las circunstancias, paralizar o restringir los procedimientos en los términos en que juzgue oportuno.

Cuando una orden judicial de liquidación ha sido dictada o un liquidador provisional ha sido designado, ninguna acción o procedimiento puede seguirse o iniciarse contra la -

Compañía, excepto con permiso del Tribunal (el competente para conocer de la liquidación) y sólo en los términos que él imponga.

Cualquier embargo, secuestro, ejecución privada o de cualquier otro tipo dirigido contra las pertenencias inmobiliarias u otros bienes de la Compañía, una vez que la liquidación de ésta haya comenzado, es nula a todos sus fines y efectos hasta tanto la operación liquidatoria quede consumada.

Tras este amplio prolegómeno en torno a las situaciones procesales concernientes a una Compañía mercantil en fase de liquidación, hemos de tener presente, en lo que atañe al tema específico de las medidas procesales en favor de los acreedores hipotecarios, que el Tribunal a cuya competencia esté encomendado el proceso liquidatorio de la sociedad, no puede interferir el ejercicio de las acciones del acreedor hipotecario, imponiéndole la aplicación de las normas expuestas en los párrafos anteriores. En suma, el acreedor hipotecario puede poner en marcha las acciones conducentes a la efectividad de su derecho después de dictada la orden de liquidación, acciones cuya tramitación no cabe interrumpir sin que se le -- ofrezca el importe íntegro de lo que se le adeude por todos conceptos. Generalmente, el Tribunal es reacio a interferir el ejercicio de las facultades de los acreedores hipotecarios; excepcionalmente acude a ello previo pago ante el propio Tribunal de lo adeudado por razón de la hipoteca, o aseguramiento suficiente de su importe de algún modo idóneo (Re David --

Lloyd & Co., 1877; Re Longdendale Cotton Spinning Co., 1878; Re Henry Pound Son and Hutchins, 1889; Re Joshua Stubbs, -- Ltd., Barney v. Joshua Stubbs, Ltd., 1891; Strong v. Carlyle Press, 1893).

Cuando, páginas atrás, nos detuvimos en el estudio de los arrendamientos residenciales ordinarios (v. 1.7.1., parte III, cap. III), partimos de la distinción fundamental entre arrendamientos controlados (controlled) y arrendamientos regulados (regulated), basada en el diferente régimen jurídico aplicable a unos y a otros. En evitación de repeticiones innecesarias, damos aquí por reproducido lo que entonces quedó dicho, circunscribiéndose la exposición que ahora hacemos a dar cuenta de las especialidades hipotecarias, de carácter limitativo, que afectan a los inmuebles (viviendas) - que se encuentran en situación de arrendamiento controlado o regulado.

La Ley de Rentas (Rent Act) de 1968, modificada en -- 1972, en la medida en que restringe las facultades y demás - remedios jurídicos del acreedor hipotecario, no es aplicable a ninguna hipoteca sobre viviendas arrendadas, constituida a partir del 8 de diciembre de 1965, inclusive, fecha divisoria de la vigencia de sus efectos jurídicos en la materia. Pero - sí caen bajo el ámbito de su especial normativa, de carácter restrictivo, como antes apuntábamos, las llamadas "hipotecas controladas" (controlled mortgages) que son las que gravan - las viviendas, en situación de arrendamiento controlado, entendiéndose por tales, a los particulares efectos hipotecarios

que ahora centran nuestra atención, los constituídos como tales (v. 1.7.1., parte III, cap. III) con anterioridad al 8 - de diciembre de 1965.

Además, la Ley de 1968 sólo es aplicable a las hipotecas legales de las pertenencias plenas sobre las viviendas, según así lo dispuso una Ley dictada en 1920, precedente normativo de la que ahora nos ocupa, habiendo sido confirmado -- por la jurisprudencia (Jones v. Woodward, 1917; London County and Westminster Bank, Ltd. v. Tompkins, 1918). Las limitaciones hipotecarias impuestas por la Ley de 1968 tampoco afectan a las hipotecas que graven a un mismo tiempo una o más viviendas en situación de arrendamiento controlado y a otra finca o terreno, si el valor rentable de las viviendas es menor de una décima parte del valor rentable total de la otra u otras fincas inmuebles hipotecadas. En lógica aplicación de este criterio, la jurisprudencia ha establecido (Coutts & Co. v. Duntroon Investment Corporation, Ltd., 1958) que, si la proporción es mayor de la décima parte, las limitaciones son aplicables a las viviendas en situación de arrendamiento controlado, pero no a las restantes fincas, ajenas a dicho régimen, si bien hipotecadas conjuntamente con ellas. Esta enumeración de excepciones no es exhaustiva, pero puede bastar en cuanto exponente de los criterios que, en torno a las mismas, inspiran al legislador.

En los casos en que, finalmente, la Ley de 1968 es aplicable, supuesto que el interés, al tipo máximo permisible, - se pague puntualmente o, al menos, con un retraso no superior

a 21 días, que, además, el deudor hipotecario cumpla los -- otros pactos anexos a la hipoteca, distintos de la amortización del capital del préstamo, mantenga, asimismo, la finca en un adecuado estado de conservación -comparativamente con el que tuviere en la fecha de constitución de la hipoteca (Woodifield v. Bond, 1922)- y, finalmente, satisfaga las cantidades correspondientes a los vencimientos periódicos - de eventuales hipotecas anteriores, dicho deudor, si por último alcanza la meta de tan impresionante carrera de obstáculos, se encuentra con la recompensa de que el acreedor, - por ley, está impedido para reclamarle el capital del préstamo sin que tampoco pueda extinguir el derecho equitativo - de redención ni promover la venta de la vivienda, ni de ningún otro modo pretender el pago del principal asegurado, pero sí de sus intereses (Welby v. Parker, 1916; Martin v. - Watson and Egan, 1919 ; London County and Westminster Bank, Ltd. v. Tompkins, 1918). La comparación con una penosa carrera de obstáculos es algo más que una simple metáfora, puesto que si el deudor deja de cumplir alguna de las condiciones - indicadas, pierde, de inmediato, la especial protección que le brinda la Ley (Evans v. Horner, 1925; Nichols v. Walters, 1953).

No obstante, si el acreedor hipotecario demuestra, ante el Tribunal competente, que el mantenimiento de tal limitación puede suponer mayor injusticia que si se suprimiera o modificara, el Tribunal puede autorizar el ejercicio de alguna o algunas de las medidas normalmente atribuídas al acreedor, en la forma y con los límites que el propio Tribunal -- disponga.

Cuando la hipoteca recae sobre viviendas en régimen de arrendamiento regulado, es decir, si se trata de "hipotecas reguladas" (regulated mortgages), constituidas con anterioridad al 8 de diciembre de 1965, la Ley de Rentas de 1968 impone determinadas restricciones o variaciones en las facultades del acreedor hipotecario. Cuando el tipo de interés pactado - inicialmente para dicha hipoteca se incrementa después o si - respecto a alguna vivienda hipotecada se registra una venta - por precio inferior a la que rigiera inmediatamente antes de su inscripción como vivienda en situación de arrendamiento regulado o, por último, si el acreedor hipotecario exige la cancelación del préstamo o adopta otras medidas conducentes a hacer efectiva su garantía y, al mismo tiempo, se acredita ante el Tribunal competente que por alguna de estas razones el deudor sufriría un grave perjuicio económico a menos que se enervan (unless given relief) los efectos de estas medidas, el Organismo judicial puede ordenar que se modifiquen los términos en que estuviere pactada la hipoteca o imponer límites o condiciones al ejercicio, por el acreedor, de sus facultades, en la medida y modo que se estime apropiado.

Cuando una misma hipoteca afecta, simultáneamente, a viviendas en situación de arrendamiento regulado y a otros terrenos o fincas que nada tienen que ver con dicha situación locativa especial, se aplica análoga solución, ya conocida, que - para las viviendas en situación de arrendamiento controlado - que se hallen en la misma situación hipotecaria.

El deudor ha de solicitar el amparo del Tribunal en el

plazo de 21 días o en un plazo superior que éste estime razo
nable, a partir del momento en que se produzca el hecho o si
tuación que, de conformidad con la Ley, le dé derecho a ser
protegido. Este derecho se pierde si el deudor está cometiendo
infracción de cualquiera de los pactos integrantes del --
contrato de préstamo hipotecario, distinto del de la devolu-
ción del capital del mismo.

Con el fin de fomentar y proteger determinados comporta
mientos ciudadanos útiles a la comunidad nacional, la Ley de
Fuerzas Reservistas y Auxiliares (Protección de Intereses Ci-
viles) (The Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil
Interests) Act) de 1951 impuso restricciones en el ejercicio
de acciones hipotecarias contra personas llamadas o que se --
alisten voluntariamente para prestar ciertos servicios militares
es, aéreos o navales, o realicen servicios civiles en cali-
dad de objetores de conciencia. Con relación a bienes hipote-
cados por dichas personas, un acreedor no puede, sino media -
autorización expresa del Tribunal competente, emprender o pro
seguir el ejercicio de alguna acción o remedio hipotecario --
que estuviere ya en marcha antes de la fecha (relevant date)
en que el deudor comenzare a prestar alguno de los indicados
servicios. La limitación no es aplicable, sin embargo, a los
préstamos hipotecarios constituidos después de la fecha de in
corpelación ni a los anteriores en los que el deudor carezca
de la posesión del inmueble por haber pasado ésta al acreedor
o a un administrador.

7.3. Prescripción extintiva de acciones hipotecarias.

(Limitation of actions)

Como ya sabemos, aun sin haber entrado todavía en un estudio detenido del tema, el arsenal de acciones y remedios jurídicos que el ordenamiento jurídico inglés ofrece al acreedor hipotecario, es bastante nutrido. Ello obliga a plantear el tema de su prescripción extintiva analizando, por separado, las especialidades inherentes a cada uno de los medios de que el acreedor dispone para la efectividad de su derecho, todo ello tomando como base lo establecido en la Ley de Prescripción Extintiva (the Limitation Act) de 1939.

Las acciones basadas en la obligación contractual de pago y las de carácter real dirigidas contra el inmueble objeto de la garantía tienen períodos prescriptivos independientes - (London and Midland Bank, Ltd. v. Mitchell, 1899).

7.3.1. Acciones para recobrar el principal garantizado.

(actions to recover money charged on property principal).

La acción para exigir el pago o devolución de la cantidad prestada, es decir, del principal asegurado por la hipoteca, no cabe ejercitarla una vez transcurridos doce años desde la fecha en que la acción pudo ser ejercitada, si la hipoteca quedó constituida en virtud de escritura solemne o de seis años si no se utilizó ésta como instrumento constitutivo.

Para determinar la fecha en que la acción pudo ser --- ejercitada, o fecha en que nace la facultad de cobrar el dinero, a partir de la cual da comienzo el cómputo del plazo, - hemos de acudir, por razón de laguna legal, al precedente legislativo constituido por la Ley de Prescripción Extintiva - de la Propiedad Real o Inmobiliaria (Real Property Limitation Act) de 1874 que dió vida al concepto jurídico de "facultad - actual de cobro" (a present right to receive), que debe entenderse como una facultad de ejercicio inmediato, es decir, que puede ponerse en marcha sin que sea preciso aguardar a que se produzca ningún evento futuro (Fanan v. Beresford, 1842). Si la facultad de cobro cumple este requisito, el plazo prescriptivo comienza a transcurrir, aunque no exista el propósito de ejercitarla inmediatamente (Hornsey Local Board v. Monarch - Building Society, supra; Dennerley v. Prestwich U.D.C., 1930). El requerimiento de pago que ha de ejercitarse antes de interponer la demanda no suspende el transcurso del plazo (Hervey v. Wynn, 1905).

7.3.2. Acciones para exigir el pago de los intereses.

(actions to recover money charged on property:
arrears of interest).

Ninguna acción dirigida a obtener el pago de los intereses atrasados de un préstamo hipotecario, puede ejercitarse - después de que hayan transcurrido seis años contados desde la fecha en que aquéllos debieron hacerse efectivos.

Excepcionalmente, cuando un primer acreedor hipotecario

que haya permanecido en posesión de la pertenencia gravada, cesa en ella, el titular de una segunda hipoteca, que ejercita su acción antes de que transcurra un año desde que la situación posesoria del acreedor preferente se extinga, puede reclamar judicialmente todos los atrasos que por razón de intereses del préstamo hipotecario le sean debidos, correspondientes al período íntegro de la posesión extinguida, a pesar de que su demanda se refiera a un plazo superior a seis años.

Asimismo, la acción extintoria del derecho equitativo de redención se escapa de la norma del plazo prescriptivo - de los seis años relativo a los intereses, comprendiendo la totalidad de los atrasos por razón de los mismos, a pesar - de que la acción personal del acreedor contra el deudor tenga el tope de los seis años; es decir, que la acción extintoria del derecho equitativo de redención sólo puede ser excepcionada eficazmente satisfaciendo la totalidad de los intereses indebidamente impagados, aun cuando correspondan a un período superior a los seis años. Otro tanto ocurre cuando el deudor ejercita la acción de redención ya que, a condición de obtener ésta, no puede poner límite en el pago -- del capital y de los intereses atrasados (Dingle v. Coppen, 1899; Holmes v. Cowcher, 1970).

También en algún otro supuesto el acreedor puede obtener la totalidad de los atrasos por razón de intereses devengados y no satisfechos. Tal ocurre cuando habiendo procedido a la venta de la pertenencia hipotecada, en ejercicio

de la potestad que legalmente le está atribuída, tiene en su poder la totalidad del precio obtenido por la transacción -- (Edmunds v. Waugh, 1866; Banner v. Berridge, 1881). Pero si el dinero está consignado a disposición del Tribunal competente, en favor de varios interesados en la pertenencia vendida, y el acreedor solicita la satisfacción de su crédito, únicamente puede aspirar al pago de seis anualidades de intereses (Re Stead's Mortgaged Estates, 1876; Re Owen Lewis' Estate, 1903). Por contra, si es el deudor el que solicita la devolución del sobrante, sólo puede obtener el que resulte después que el acreedor haya recibido el principal y la totalidad de los intereses atrasados (Re Lloyd, 1903).

Un administrador, designado por el acreedor en uso de las facultades que le están legalmente conferidas, es, sólo a ciertos efectos, un mandatario suyo. Concretamente, no -- puede satisfacer a aquél, con los productos de la finca, intereses que hubieren quedado prescritos y aunque lo hiciere, excediéndose en favor del acreedor, éste no está autorizado para retener las cantidades percibidas en exceso (Hibernian Bank v. Yourell, 1919).

Si una misma pertenencia está gravada con más de una hipoteca, el primer acreedor que la hubiere vendido, ejercitiendo su facultad legal al efecto, queda obligado en fideicomisso, respecto a los posteriores, en cuanto al sobrante -- que resultare después de satisfecho su derecho de crédito. Concretamente, el primer acreedor ejecutante está obligado a entregar al posterior o segundo la totalidad de lo que --

hubiere sobrado y no sólo el capital y los intereses de seis años del crédito del segundo; asimismo, el segundo acreedor ha de hacer llegar el resto al deudor o a un eventual tercer acreedor, ya que aquél (el segundo acreedor) tiene, asimismo, la facultad de retener la totalidad del sobrante hasta la completa satisfacción de su crédito. A tal fin, el segundo y posteriores acreedores pueden ejercitar su derecho mediante un simple requerimiento (a summons) dirigido al primer o precedente acreedor ejecutante (Re Thomson's Mortgage Trusts, - - Thomson v. Bruty, 1920).

7.3.3. Acción extintoria del derecho equitativo de redención
 ción (foreclosure)

La acción extintoria del derecho equitativo de redención está sujeta al plazo común de prescripción de doce años, contados a partir del momento en que la acción pudo ser ejercitada.

El tiempo comienza a correr en la fecha prevista para la redención de la carga o extinción de la hipoteca, o lo que es lo mismo, en la fecha establecida como vencimiento del principal del préstamo. A falta de fecha previamente fijada, es necesario que medie requerimiento del acreedor al deudor para que la obligación sea exigible y, por consiguiente, comience a transcurrir el período de prescripción (Lloyds Bank, Ltd. - v. Marglois, 1954; Re Brown's Estate, 1893; Wakefield and -- Barnsley Union Bank, Ltd. v. Yates, 1916). Si concurre el supuesto de que el acreedor entre en posesión de la pertenencia

hipotecada antes de iniciarse el plazo de prescripción o -- mientras este transcurre, aquélla se interrumpe o no se inicia, entendiéndose que la acción no surge o no resurge hasta que el acreedor hipotecario pierda o devuelva la posesión del inmueble.

En los casos en que el derecho del acreedor sobre la pertenencia hipotecada se entrecruza con algún supuesto de derecho futuro remanente o expectante ("future interest in reversion or remainder"; v. 5.1. parte II, cap. III), se hace preciso determinar cuándo la posesión del derecho futuro hipotecado puede ser exigida, por haberse convertido éste en derecho presente. A fin de evitar repeticiones inútiles, damos aquí por reproducido lo que se dice en el subapartado -- 3.2.2. de la parte IV, del capítulo III, en el que se contempla, con carácter general, la regulación de la prescripción extintiva de los derechos futuros.

La aplicación de estas previsiones de carácter general a la acción extintoria del derecho equitativo de redención, - en el caso de la hipoteca de un derecho futuro inmobiliario, es cuestionable. En principio, se estableció la doctrina jurisprudencial de que cuando la acción a ejercitar por el acreedor hipotecario es la extintoria del derecho equitativo de redención, el plazo prescriptorio no comienza a transcurrir hasta que el derecho futuro hipotecado se transforma en derecho presente y su titular toma posesión del inmueble (Hugill v. Wilkinson, 1888; Re Witham, 1922). Alguna duda en sentido contrario ha suscitado la doctrina sustentada por el Tribunal de

Apelación (The Court of Appeal) de que el acreedor hipotecario de un derecho futuro, titular de la acción para extinguir el derecho equitativo de redención, no puede considerarse como titular de un derecho futuro, con la consecuencia -- del aplazamiento del momento en que pueda ejercitarlo -- (Wakefield and Burnsley Union Bank, Ltd. v. Yates, 1916). Pero, no obstante, y a pesar de la confusión que haya podido sembrar esta doctrina, parece más segura la expuesta anteriormente. Por lo tanto, el plazo prescriptorio, cuando la hipoteca concierne a un derecho futuro y se refiere a la acción extintoria del derecho equitativo de redención, no comienza a contarse hasta que el derecho se transforma en presente.

Cuando sobre una misma finca hay constituidas dos hipotecas y no se hacen al segundo acreedor los pagos pertinentes, el plazo prescriptivo de las acciones que le asisten, cuyo ejercicio no sea incompatible con las del primer acreedor, comienza a correr de inmediato (Kibble v. Fairthorne, 1895) y ello aunque el primer acreedor esté en posesión del predio -- (Johnson (Samuel) & Son, Ltd. v. Brock, 1907). Concretamente, en "Re Bermingham's Estate" (1870) se consideró que estando el primer acreedor hipotecario en posesión del inmueble, el derecho del segundo a la posesión del mismo queda en suspenso, transmutándose, a los efectos de prescripción extintiva, en un derecho futuro. La suspensión concluye cuando el primer acreedor recobra todo lo que se le adeuda. No obstante, desde el primer momento, tiene una facultad inmediata para extinguir el derecho equitativo del deudor común a ambos acreedores.

En el supuesto de que un tercero esté en posesión de la finca con validez para producir prescripción extintiva, habiéndose constituido la hipoteca antes de que dicha posesión adversa hubiere surgido (Kibble v. Fairthorne, supra), y transcurriendo el tiempo en perjuicio, simultáneamente, de acreedor y deudor, el pago de intereses hecho por éste en favor de aquél, mantiene vivas las acciones del acreedor contra el deudor y el tercero, entre ellas la extintoria, es decir, interrumpe su prescripción en perjuicio del deudor y del tercero (Ded. Palmer v. Eyre, 1851; Ludbrook v. Ludbrook, 1901). Pero si al constituirse la hipoteca, el plazo prescriptivo por razón de la posesión adversa del tercero hubiere dado ya comienzo, en perjuicio del acreedor, el pago de los intereses que el deudor haga al acreedor no renueva la facultad de aquél, para entrar en posesión de la finca con efectos de interrumpir de este modo la prescripción del tercero (Thomton v. France, 1897).

7.3.4. Acción posesoria (possession)

A la facultad del acreedor de tomar posesión de la finca hipotecada es también aplicable el período prescriptivo de doce años, computado a partir del momento en que la acción pudo ser ejercitada. Así se desprende de la Ley de 1939 y lo ha confirmado la jurisprudencia (Wright v. Pepin, 1954; -- Cotterell v. Price, 1960).

Puesto que el acreedor hipotecario, en la hipoteca legal, ostenta la facultad de entrar en posesión del inmueble

desde el momento en que la carga queda constituida, el plazo de prescripción, "prima facie", comienza a computarse desde dicho momento. Pero si la facultad de tomar posesión no es la genérica a la que acabamos de referirnos, sino la específica derivada del incumplimiento de los pagos previstos, el tiempo comienza a contarse desde el momento en que el primero de ellos se produce. Este es el caso de los contratos de hipoteca en los que se reconoce expresamente al deudor la posesión y disfrute de la finca, siempre que no medie incumplimiento de las obligaciones pactadas. En realidad este pacto equivale a una relocación del acreedor en favor del deudor, durante el plazo contractual previsto (Wilkinson v. Hall, -- 1837).

Un acreedor hipotecario equitativo no está facultado para tomar posesión del predio sin una orden específica del Tribunal competente, salvo pacto expreso recogido en el contrato de hipoteca.

Una resolución judicial firme declarando extinguido el derecho equitativo de redención que asiste al deudor, confiere al acreedor un derecho nuevo sobre la finca con lo que su facultad a obtener la posesión del predio renace con tal orden (Heath v. Pugh, 1881).

7.3.5. Pago parcial y reconocimiento del crédito (part payment and acknowledgment).

En todos los casos en los que el deudor realiza un pa-

go parcial o reconoce la deuda, el plazo prescriptivo ha de computarse, para toda clase de acciones, a partir de la fecha del reconocimiento o del pago.

Para que se produzca el efecto de que el cronómetro de la prescripción de acciones retorne al punto de partida, el pago parcial ha de efectuarlo quien esté en posesión del inmueble hipotecada, en su caso, o quien resulte personalmente obligado al pago de la deuda hipotecaria. El pago de la renta por el arrendatario de la pertenencia hipotecada, a resultas de un requerimiento del acreedor hipotecario, no entraña interrupción de la prescripción de las acciones de éste - - (Harlock v. Ashberry, 1882). Un simple pago voluntariamente realizado por tercera persona tampoco implica interrupción - y vuelta a empezar (Chinnery v. Evans, 1864; Newbould v. -- Smith, 1889), a diferencia de lo que acontece cuando el pago lo hace una persona legítimamente interesada en hacerlo - - (Roddam v. Morley, 1856), cual ocurre con el fiador (Lenin v. Wilson, 1880), o por el fiduciario del deudor (Alston v. -- Mineard, 1906; Bradshaw v. Widdrington, 1902).

El pago puede realizarse, asimismo, mediante apoderado o mandatario, pero cuando se alega la existencia del mandato ha de demostrarse la subsistencia del mismo al efectuarse - aquél (Newbould v. Smith, supra). El arrendatario no se considera un mandatario tácito del deudor a los efectos de realizar pagos parciales o reconocimiento del crédito (Harlock v. Ashberry, supra). Pero un administrador designado judicialmente (Chinnery v. Evans, 1864) o por el acreedor, en virtud

de facultades contractuales (Re Hale, 1899) o legales, tiene la condición de apoderado del deudor y los pagos realizados por cualquiera de ellos, a los efectos que nos ocupan, se reputan válidos.

Cuando el deudor transmite su derecho equitativo de redención y el cesionario satisface los intereses debidos por razón del préstamo, es considerado como mandatario del deudor, produciendo su intervención los resultados interruptorios que ya conocemos (Forsyth v. Bristowe, 1853; Dibb v. Walker, 1893). Asimismo, y en idéntico supuesto de que el deudor se deshaga del derecho equitativo de redención, el pago realizado por él ha de estimarse también efectivo para mantener viva la hipoteca en cuanto derecho real a favor del acreedor (Chinnery v. Evans, supra; Bradshaw v. Widdrington, supra).

Para que el reconocimiento de la deuda sea eficaz como causa de interrupción de la prescripción ha de constar por escrito y estar firmado por la persona que lo realiza. Asimismo, es necesario que la persona facultada para demandar por razón de la hipoteca, el acreedor, en suma, o su apoderado, admitan el reconocimiento del crédito, en consideración a que la persona que realiza el reconocimiento se haga personalmente responsable de la deuda (Good v. Pany, 1963; Dungate v. Dungate, 1965) o porque sus actos entrañen una admisión, implícita o - explícita (Edginton v. Clark, 1964), del título del acreedor.

En el caso de una acción que vaya directamente contra - la garantía real, el reconocimiento del derecho del acreedor,

en cuanto causa interruptoria de la prescripción, ha de realizarlo quien esté en posesión de la pertenencia hipotecada. Pero si se trata de la acción personal derivada del contrato, el reconocimiento ha de provenir de quien resulte obligado al pago de la deuda. En uno y otro caso, es factible y, consiguientemente, válido, el reconocimiento hecho por mandatario o por fiduciario, es decir, en nombre de la persona que deba efectuarlo para que produzca el efecto interruptorio (St. -- John v. Boughton, 1838; Toft v. Stephenson, 1851).

El pago parcial efectuado por un codeudor vincula a todos los obligados por razón de la deuda común, al interrumpir la prescripción de la totalidad de aquélla, pero el reconocimiento realizado por uno solo de los coobligados únicamente le afecta a él y a sus sucesores en el título.

Los efectos, tanto del pago parcial como del reconocimiento de la deuda garantizada con hipoteca son los de desvirtuar, plenamente, las perspectivas de que se perfeccione la prescripción extintiva en curso, siempre y cuando ésta no estuviere consumada ya. Cuando aquellos actos se producen después de que el período prescriptivo hubiere transcurrido en toda su duración, son inoperantes en cuanto instrumentos para revitalizar acciones del acreedor que con el tiempo quedaron definitivamente extinguidas (Sanders v. Sanders, 1881; Kibble v. Fairthorne, 1895; Nicholson v. England, 1926).

No obstante, los pagos parciales y los reconocimientos de deuda hechos después de extinguido el período de prescrip-

ción de acciones producen efecto cuando, a pesar de la extinción de éstas, la obligación se encuentra pendiente de cumplimiento. Por este camino, la acción personal derivada del contrato puede renacer (Re Frisby, 1889; Re Clifden, 1900) - contra el deudor principal y sus sucesores.

Cuando el titular vitalicio de la pertenencia ("tenant for life"; v. 1.3.2., cap. II, parte III) amortiza una carga que pesa sobre ella, se presume que se subroga en ella, que pretende, en suma, mantenerla viva para su propia utilidad, lo que evita que la carga económica en cuestión se extinga - por confusión de derechos.

**TESIS DOCTORAL****LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES****CAPITULO IV****EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES****EPIGRAFE 7 (7.4)****FERNANDO BAZ IZQUIERDO****MADRID, 1977**

S U M A R I O P A R T I C U L A R

Capítulo IV

EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES

7.4. Clasificación y análisis de los derechos del acreedor hipotecario.	1104
7.4.1. La facultad de venta del acreedor hipotecario (the mortgagee's power of sale).	1105
7.4.2. Extinción del derecho equitativo de redención y venta judicial (foreclosure and judicial sale).	1130
7.4.3. Extinción del derecho equitativo de redención (acción comisoria) (action for foreclosure).	1142
7.4.4. La acción personal derivada del contrato (action on the personal covenant).	1169
7.4.5. Nombramiento de un administrador (the appointment of a receiver).	1174
7.4.6. Facultad posesoria del acreedor hipotecario (the mortgagee's right to possession).	1189
7.4.6.1. Facultad posesoria del acreedor nacida del contrato hipotecario.	1190
7.4.6.2. Acreedor hipotecario en posesión de la finca (mortgagee in possession).	1198
7.4.6.3. Deudor ocupante (mortgagor in occupation).	1205
7.4.6.4. Arrendamiento existente al constituirse la hipoteca (tenancy before the mortgage).	1211
7.4.6.5. Arrendamiento posterior a la constitución de la hipoteca (tenancy after the mortgage).	1214
7.4.7. Facultades complementarias del acreedor en las hipotecas legales (further rights of legal mortgagees).	1220
7.4.7.1. Seguro contra incendios.	1220
7.4.7.2. Posesión de las escrituras de propiedad (possession of the title deeds).	1221

7.4.7.3. Extensión de la hipoteca a préstamos posteriores (tacking of further advances).	1222
7.4.7.4. Redención simultánea de varias hipotecas (consolidation).	1222

./.

- - - - -

7.4. Clasificación y análisis de los derechos del acreedor hipotecario.

Tras el amplio estudio que precede sobre los aspectos generales de las facultades que la hipoteca concede al acreedor, vamos ahora a entrar en su análisis, estableciendo previamente una triple clasificación de los mismos, en torno a la cual va a girar nuestra exposición. Cabe distinguir entre remedios que entrañan realización de la pertenencia hipotecada (remedies which involve realization of the mortgaged property), remedios con los que, asimismo, se persigue la efectividad del crédito, pero sin llegar a desencadenar el radical efecto de la realización de la garantía (remedies which do not involve realization of the mortgaged property) y facultades complementarias (further rights).

La venta, judicial o extrajudicial, de la garantía (sale)

y la acción extintoria del derecho equitativo de redención - (foreclosure) son los remedios integrantes del primer grupo de la clasificación. En el segundo grupo se incluyen, la - acción personal derivada del contrato (action on the - - - personal covenant), toma de posesión del predio (entry into possession) y nombramiento de un administrador (appointment of a receiver). Por último, los derechos o facultades complementarias a disposición del acreedor hipotecario son: el aseguramiento contra incendios de la finca hipotecada (insurance of the mortgaged property), la posesión de las escrituras solemnes de propiedad de la pertenencia hipotecada (possession of the title deeds), ampliación de la hipoteca a cantidades - posteriormente prestadas por el acreedor al deudor (tacking - of further advances) y redención conjunta y simultánea de varias hipotecas (consolidation).

7.4.1. La facultad de venta del acreedor hipotecario.

(the mortgagee's power of sale)

La Ley del Derecho de Propiedad (the Law of Property Act) de 1925 dispone que un acreedor hipotecario cuyo derecho haya sido constituido en escritura solemne (by deed), es decir, el titular de una hipoteca legal o de una afección en pago con fuerza de tal, y el de las afecciones hipotecarias inscritas, está facultado, tan pronto como el capital del -- préstamo sea debido, es decir, pasada la fecha fijada para - su amortización, a vender la garantía inmobiliaria para ha-- cerse pago del crédito con el precio resultante de la venta. Si el principal garantizado con la hipoteca es amortizable -

mediante pago de cantidades fijas y periódicas en su vencimiento (by instalments), la facultad de venta existe tan -- pronto como el deudor incurre en morosidad en el pago de uno de los vencimientos.

La facultad legal del acreedor hipotecario puede ser modificada, ampliada o completamente excluida (Alliance Building Society v. Shave, 1952), mediante acuerdo expreso de las partes contratantes.

Una modificación de la facultad legal de venta, sumamente útil si se pacta en circunstancias contractuales apropiadas -por ejemplo, referida a un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal (building development)-, es la de autorizar al acreedor para "vender" mediante la constitución de arrendamiento a largo plazo, a cambio de un tanto alzado - en concepto de traspaso (premium) y fijando una renta de pequeña cuantía, con el carácter, más bien, de renta censal -- (ground rent). El arrendamiento a largo plazo, en estos casos y en otros en que haya elementos comunes a varias viviendas - unifamiliares, es el método más idóneo para administrar convenientemente los indicados elementos comunes y exigir el cumplimiento de los pactos de trascendencia inmobiliaria - - ("covenants affecting land"; v. 4., parte III, cap. III).

Al lado de la facultad legal de venta, que asiste al - acreedor hipotecario, al titular de la afección en pago con fuerza de hipoteca y al de las afecciones inscritas, existe la facultad contractual de venta, que puede incluirse como -

cláusula expresa en el contrato de préstamo hipotecario. Tal pacto, que se generalizó a principios del siglo XIX (de este hecho histórico se hace eco la sentencia dictada en la causa "Stevens v. Theatres, Ltd., 1903), suponía un factor de equilibrio de la situación a favor del deudor, al puntualizarse que no era ejercitable sin previo aviso y especial requerimiento a él dirigido; con ello tenía una nueva oportunidad de amortizar la deuda. Los efectos producidos por su ejercicio son análogos a los de la facultad legal de idéntica función, efectos que enseguida veremos. Ahora bien, y no obstante ser el pacto el lógico antecedente de lo que ahora es facultad legal, la confianza, la seguridad de los prestadores es mayor en ésta que en aquélla, si bien sus respectivos campos de aplicación son diferentes. Como ya sabemos, la facultad de origen legal es únicamente aplicable a las hipotecas constituídas en escritura solemne, limitación que no atañe a la de origen puramente voluntaria.

Respecto a las escrituras solemnes de hipoteca otorgadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1911, fecha de entrada en vigor de la Ley de Contratación Inmobiliaria -- (Conveyancing Act) de ese año, la facultad legal de venta -- tiene un contenido muy amplio, por cuanto incluye la posibilidad de que el acreedor que provoca la venta imponga al adquirente pactos limitativos del uso ("restrictive covenants"; v. 4.2.2., parte III, cap. III), constituya o reserve servidumbres de uso ("easements"; v. 3.1., parte III, cap. III) y venda separadamente, de un lado, la superficie del terreno y, de otro, los yacimientos mineros existentes. La facultad le-

gal de venta ampliada ha sido recogida y confirmada por la -
Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

Las personas que pueden ejercitar la facultad legal de venta son no sólo el acreedor hipotecario, sino también quienes traigan causa de él, lo cual entraña la transmisibilidad de la misma, si bien condicionada a que la persona que la lleve efectivamente a cabo esté igualmente autorizada para dar la más eficaz y firme carta de pago del capital del préstamo (Re Dowson and Jenkin's Contract 1904). Un cesionario de la facultad legal de venta, desgajada del derecho hipotecario al que normalmente se halla entroncado, es una figura jurídica un tanto infrecuente, cuya existencia sólo tiene fundamento cuando puede proceder, de inmediato, a la venta en la fecha de la adquisición de tal facultad (Re Crunden and Meux's Contract, 1909).

Aunque la facultad de promover la venta surge tan pronto como el capital del préstamo sea debido, en ningún caso -- puede ponerse en marcha hasta que concurra uno, al menos, de los siguientes supuestos de ejercicio:

- 1.-. Impago del capital del préstamo, total o parcialmente, previo requerimiento, infructuosamente dirigido al acreedor, habiendo transcurrido tres meses desde la fecha en que fuere practicado. El requerimiento, que ha de ser -- por escrito, puede exigir el pago de forma inmediata o al final del plazo de los tres meses. Si se realiza de esta segunda forma, el acreedor no precisa aguardar --

otros tres meses para hacer efectiva la advertencia contenida en el requerimiento, pudiendo, por tanto, ejercitar la facultad de venta inmediatamente después de -- transcurrido el plazo de los tres meses (Barker v. -- Illingworth, 1908). Si hay varias hipotecas que gravan una misma pertenencia inmobiliaria, el requerimiento ha de dirigirse, asimismo, a los acreedores hipotecarios -- posteriores.

- 2.- Retraso en el pago de los intereses, prolongado durante dos meses después de la fecha en que resulten exigibles, incluidos en este concepto los vencimientos periódicos y combinados de capital e intereses (Walsh v. -- Denick, 1903; Payne v. Cardiff R.D.C., 1932). Son precisos los mismos requerimientos que en el supuesto anterior.
- 3.- Incumplimiento de alguna de las restantes obligaciones asumidas contractualmente por el prestatario, reflejadas, por consiguiente, en la escritura solemne de hipoteca, o bien de obligaciones de origen legal, es decir, previstas en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925. Por ejemplo, si el deudor ha incumplido la obligación -- de conservar y reparar la finca hipotecada, puede el -- acreedor ejercitar su facultad de venta, a pesar de que no haya atraso alguno en el pago de los intereses ni -- proceda amortizar el capital prestado. Han de mediar requerimientos de igual forma que en los dos supuestos anteriores.

Cuando varias hipotecas se constituyen sucesivamente - sobre una misma pertenencia inmobiliaria, el primer acreedor hipotecario puede ejercitar su facultad legal de venta sin - que sea precisa la concurrencia de los posteriores -y, por - supuesto, sin perjuicio de la obligación, que le incumbe, de notificarles el ejercicio de su derecho- pero debiendo rendirles cuentas del sobrante, si lo hay, del precio obtenido con la venta. Supuesto que un acreedor hipotecario perjudique parcial o totalmente el derecho del segundo acreedor, mediante una transacción claramente desventajosa, los Tribunales -- consideran que no hay motivo para anular la venta (Dolman v. Nokes, 1855).

Un segundo o posterior acreedor hipotecario puede vender la pertenencia pasando ésta a manos del adquirente, que - la incorpora a su patrimonio con el gravamen de la primera hipoteca (Manser v. Dix, 1857). Alternativamente, puede vender la pertenencia libre de la primera hipoteca mediante amortización de su importe, con la concurrencia del titular o, en su defecto, con autorización judicial para consignar aquél.

Los requisitos de procedimiento, entendiéndolo éste en su sentido genérico de tramitación o de trámites a seguir al margen, incluso, de las actuaciones propiamente judiciales, requieren cierta atención.

Se entiende por deudor hipotecario, a los efectos del previo y preceptivo requerimiento de pago o cumplimiento - aplicable a los tres supuestos de ejercicio antes vistos- ade

más del constituyente de la hipoteca, cualquier persona cuyo título sobre la pertenencia gravada traiga causa de él o esté facultado para amortizar el préstamo y redimir o cancelar la hipoteca. Si el deudor constituyente ha fallecido, el requerimiento ha de dirigirse a los administradores ejecutores de su herencia, hasta tanto que el derecho equitativo de redención continúe en sus manos (Gill v. Newton, 1866).

El plazo que debe mediar entre el requerimiento y el reejercicio del derecho, cuando se trata del que tiene su origen en la Ley, ha sido especificado más arriba. Si se trata de una facultad de venta de origen exclusivamente contractual, sin que se haya hecho previsión expresa en cuanto al replazo, éste ha de ser razonable en función de las recircunstancias del caso. La exigencia del pago en el mismo momento en que se practica el requerimiento no puede considerarse rerazonable (Massey v. Sladden, 1868).

El objetivo perseguido por el requerimiento es el de proteger el derecho del deudor hipotecario a defenderse, por lo que si esta finalidad queda sustancialmente cubierta, el Tribunal que ha de juzgar los términos o forma en que se repracticó no lo hará con minuciosidad excesiva si el defecto de reforma alegado puede perjudicar a un comprador de buena fe. En esta línea de imperfecciones formales apreciadas en el requerimiento cuya trascendencia, sin embargo, no se estima suficiente para truncar la validez del practicado, está el error cometido anunciando que la venta se efectuará en el plazo de tres meses desde la fecha del documento, si la misma se rea-

liza después de transcurridos los tres meses desde que el requerimiento quedó realmente formulado. Un acuerdo para la -- venta formalizado antes de que transcurra el plazo, es válido siempre que se haga condicionalmente y el precio se determine suficientemente (Major v. Ward, 1847; Farrar v. Farrars Ltd., 1888). El requerimiento tampoco pierde su validez aun-- que mencione una cifra superior a la efectivamente debida -- (Clyde Properties, Ltd. v. Tasker, 1970).

Si requerido de pago el deudor, y efectuado aquél me-- diante un cheque, éste resulta sin fondos (the cheque is - dishonoured), el transcurso del plazo se reanuda sin que sea preciso practicar nuevo requerimiento ni haya ampliación al-- guna de aquél, por lo que la venta practicada después de ago-- tado el período es perfectamente válida (Good v. Murton, -- 1877).

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Derecho de - Propiedad de 1925, el requerimiento ha de practicarse por es crito, siendo suficiente que vaya dirigido simplemente al deudor, aun cuando no se haga mención expresa de su nombre, o a la persona interesada, con igual omisión de su nombre, y aun-- que ésta esté ausente, incapacitada (Tracey v. Laurence, 1854; Robertson v. Lockie, 1846), sea un "nasciturus" o una persona indeterminada en el momento en que el requerimiento se practique, supuestos que no resultan equivalentes a la inexistencia de persona a la que pueda dirigirse el requerimiento (por - ejemplo, si el deudor fallece intestado y no se ha nombrado - administrador-ejecutor de la herencia; "Parkinson v. Hanbury",

1860). El requerimiento se considera suficiente si se hace - llegar al último domicilio conocido (vivienda o centro de actividad mercantil, profesional o laboral) (Cannon Brewery Co., Ltd. v. Signal Press, Ltd., 1928), o se fija o se deja disponible en el inmueble hipotecado (la jurisprudencia ha declarado que basta con que el requerimiento se fije en la puerta del inmueble; "Major v. Ward", supra). Asimismo, se estima suficientemente practicado si se envía por correo certificado y no hay devolución del envío postal efectuado.

El requerimiento, una vez practicado, no puede ser anulado sin el consentimiento del deudor (Santley v. Wilde, -- 1899).

El acreedor está facultado para incluir, entre las cantidades reclamadas a través del requerimiento, los gastos -- producidos en su preparación y ejecución.

La protección que se otorga al tercer adquirente de manos del acreedor hipotecario, cuando este ejercita su facultad de venta, depende del origen legal o voluntario de ésta y de otras varias circunstancias concurrentes en la transacción.

En principio, y a menos que se le excuse de ello por los términos en que quede pactada la facultad voluntaria de venta o por lo acordado en la misma venta, el acreedor está obligado a proporcionar al comprador demostración de la suficiencia de los hechos desencadenantes del ejercicio de su facultad. Su simple afirmación, si no se demuestra, al prove-

nir de parte interesada, se estima insuficiente (Hobson v. - Bell, 1839; Re Edwards and Rudkin to Green, 1888).

Tiempo atrás, constituía una práctica muy común insertar en los contratos de préstamo hipotecario una cláusula -- protegiendo expresamente al eventual comprador de la pertenencia hipotecada de manos del acreedor, contra las irregularidades que pudieran producirse en el ejercicio de la facultad de venta. Cuando ésta tiene carácter legal, la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 dispone que el comprador, ni antes ni en el momento de solemnizarse la venta, está obligado a investigar si hay motivo suficiente para llevarla a cabo, si el preceptivo requerimiento se ha practicado según es debido y si, en suma, se han cumplido todos los requisitos tanto de fondo como de forma que legitiman el ejercicio del radical - remedio defensivo del acreedor-vendedor. Todo esto no obsta, como es lógico, para que el perjudicado por el ejercicio in debido de la facultad pueda reclamar daños y perjuicios contra el causante de ellos. Asimismo, la Ley establece que toda venta solemne efectuada por un acreedor hipotecario ha de estimarse realizada en ejercicio de su facultad legal al efecto, a menos que pueda apreciarse la existencia de intención - en contrario (Re White Rose Cottage, 1965). Este precepto -- equivale a una presunción "iuris tantum" de buena fe que aunque alcanza tanto al vendedor como al comprador, protege y -- beneficia singularmente a este último.

Las previsiones contenidas en la Ley del Derecho de Pro piedad de 1925 son, en su protección al comprador, más moderada

das que las que aparecen incluídas en los pactos expresos sobre facultad de venta. En efecto, éstas suelen amparar al -- comprador aun cuando sepa que el previo requerimiento de pago al deudor ha sido omitido. En suma, la Ley condiciona su protección a que haya buena fe por parte del comprador, buena fe que presume, pero que el legislador no tiene empacho -- en descartar, anulando la venta, si el adquirente tiene conocimiento efectivo o presunto, también llamado objetivo o supuesto ("actual or constructive notice"; v., por analogía, -- 4.4.2., cap. II), de alguna irregularidad cometida en la venta de la que resulte beneficiario, por su condición de comprador, como es, por ejemplo, la omisión del requerimiento -- en tiempo y forma debidos (Jenkins v. Jones, 1860; Parkinson v. Hanbury, 1860; Bailey v. Barnes, 1894), o si se demuestra que el ejercicio de la facultad es prematuro (Selwyn v. -- Garfit, 1888).

Partiendo del principio de que la facultad de venta se otorga al acreedor hipotecario en su propio provecho, dotándole del arma más eficaz posible para la efectividad de su -- crédito, resulta lógico, como contrapartida a tan generoso -- beneficio, el deber inexcusable que le atañe de no usarlo para fines impropios. Los Tribunales pueden, en consecuencia, intervenir en el ejercicio de la facultad para sancionar abu -- sos, previa solicitud de parte legítimamente interesada en -- los resultados de la venta (Janet v. Barclays Bank, Ltd., 1947). Su intervención ha quedado circunscrita, según la jurispruden -- cia más antigua, no a prevenir un ejercicio contrario a los -- deseos o intereses del deudor, porque el acreedor vaya buscando además la satisfacción de algún propósito adicional y no el

simple recobro de su dinero, sino simplemente a que su actua
ción sea correcta y se ajuste a los principios de la buena -
 fe (Hodson v. Deans, 1903). Y ello es así por cuanto el acreedor
 no tiene la condición legal de fiduciario del deudor, por
 lo cual no es competencia del Tribunal inquirir las motivaciones
 subjetivas que le indujeron a la venta (Jones v. Matthie,
 1847; Nosh v. Eads, 1880; Warner v. Jacob, 1882; Colson v. -
 Williams, 1889; Kennedy v. De Trafford, 1897; Belton v. Bass,
 Ratcliffe and Gretton, Ltd., 1922; Waring (Lord) v. London -
 and Manchester Assurance Co., Ltd. 1935; Reliance Permanent
 Building Society v. Harwood-Stamper, 1944).

Hay, sin embargo, una importante sentencia, bastante -
 reciente (Cuckmane Brick Co., Ltd. v. Mutual Finance Ltd.,
 1971), que marca la apertura de una línea claramente progresista
 dentro del contexto de la jurisprudencia que copiosamente
 acabamos de citar. Según ella, no basta que el ejercicio -
 de la facultad de venta que corresponde al acreedor se haga
 en términos estrictos de buena fe, puesto que el acreedor tiene
 también la obligación de procurar obtener un precio razonable,
 es decir, el verdadero valor de mercado de la pertenencia
 hipotecada (the true market value).

Hay, indudablemente, en esta sentencia una ampliación
 claramente favorable al deudor del mermado escudo doctrinal -
 que le servía de protección contra los eventuales abusos del
 acreedor, extensión fácilmente apreciable si la comparamos --
 con el cuerpo de criterios jurisprudenciales declarados válio

dos con anterioridad a dicha sentencia. En efecto, según la doctrina jurisprudencial clásica, es suficiente que el acreedor actúe de buena fe en el ejercicio de su facultad y sin intención alguna de conducirse injustamente con el deudor, debiendo adoptar las lógicas y razonables precauciones respecto al precio y demás aspectos de la operación (Tomlin v. Luce, 1889; Holohan v. Friends Provident and Century Life Office, 1966; Midland Bank, Ltd. v. Joliman Finance, Ltd. -- 1967; Cottenham Park Developments, Ltd. v. Cohen, 1967). Si la venta es razonable, el precio no puede ser objetado aunque alcance a cubrir estrictamente el principal, los intereses y las costas (Kennedy v. De Trafford, 1896; Haddington Island Quany Co., Ltd. v. Huson, 1911; Mc Hugh v. Union Bank of Canada, 1913; Camp-Wee-Gee-Wa for Boys, Ltd. v. Clark, -- 1972).

No es obstáculo para que el acreedor ejercite su facultad de venta ni que el deudor haya dado los pasos previos para la amortización de la deuda y redención de la carga (Adams v. Scott, 1859) ni que el montante debido sea objeto de controversia (Gill v. Newton, 1866). Por el contrario, hay impedimento para tal ejercicio si, antes de que se concluya un precontrato para la venta de la pertenencia hipotecada (Property and Bloodstock, Ltd. v. Emerton, 1968), el deudor consigna en el Tribunal competente la total cantidad adeudada (Jones v. Matthie, supra; Warner v. Jacob, supra; Duke v. -- Robson, 1973), importe que, en la urgente aplicación de la medida paralizadora de la venta (stopping the sale), ha de ser el que el acreedor, bajo juramento, fije en los tres --

apartados de principal, intereses y costas (Hill v. Kirkwood, 1880; Hickson v. Darlow, 1883; Macleod v. Jones, 1883), cifra que, momentáneamente y a los solos efectos indicados, hace fe, a menos que, vistos los términos de la hipoteca, resulte completamente desproporcionada (Hickson v. Darlow, supra). La -- omisión del preceptivo requerimiento de pago constituye impedimento para el ejercicio de la facultad contractual de venta, salvo que, al igual que en el caso de la facultad legal de venta, se hubiese pactado la indemnización de daños y perjuicios como único remedio contra la omisión (Prichard v. Wilson, -- 1864).

Si el acreedor, en el ejercicio legítimo de su facultad de disposición de la garantía, formaliza un precontrato para la venta de la finca, el Tribunal competente no puede, aun -- cuando se ofrezca el pago de lo adeudado, interferir la consu mación de la venta, salvo que el precontrato se haya celebra do con mala fe (Property and Bloodstock, Ltd. v. Emerton, -- 1968; Duke v. Robson, 1973).

Si el acreedor es una Asociación de Ahorro y Préstamos para Vivienda (Building Society), debe, en todo caso de ejercicio de la facultad de venta, obtener el mejor precio razonablemente alcanzable, de conformidad con lo prevenido en la - Ley que específicamente regula sus actividades (Building -- Societies Act, 1962). Además, una Asociación de esta índole, contrariamente a lo que sucede con un acreedor ordinario, tie ne el estatuto jurídico de un fiduciario (Reliance Permanent Building Society v. Harnood-Stamper, 1944; Cottrill v. - -

Steyning and Littlehampton Building Society, 1966).

Recae sobre el acreedor hipotecario la lógica prohibición de comprar (mortgagee may not purchase) ni solo ni conjuntamente con otros ni a través de fiduciarios, abogados, - mandatarios o empleados (Farrar v. Farrars, Ltd., 1888; -- Martinson v. Clows, 1882; Hodson v. Deans, 1903), a menos que la venta se haga judicialmente y obtenga licencia para pujar (Downes v. Grazebrook, 1817; National Bank of Australasia v. United Hand-in-Hand, etc. Co., 1879). Existe una clara incompatibilidad de intereses, moral y jurídica, como obstáculo in salvable para la validez de semejante autocontrato, aun en el supuesto de que se pague por la finca el precio real de mercado. Sin embargo, la venta a favor de una sociedad de la que el acreedor sea miembro no está incurso, en principio, en prohibición, sin perjuicio de que pueda ser, posteriormente, impugnada o anulada (Henderson v. Astwood, 1894), supuesto que el acreedor hipotecario no haya actuado de buena fe.

El deudor mismo puede adquirir en el caso de varios codeudores en trance de ejecución mediante venta (Kennedy v. De Trafford, 1897; Duke v. Robson, 1973), y lo mismo un acreedor posterior, supuesto que no actúe de mala fe ni obtenga una -- ventaja indebida en perjuicio de otros interesados (Parkinson v. Hanbury, 1860; Shaw v. Bunny, 1864; Kirknood v. Thompson, 1865; Flower & Son v. Pritchard, 1908).

La venta puede hacerse en pública subasta o privadamente. No es viable para el acreedor sólo con facultad contractual de

venta acudir a esta segunda modalidad, si no se pacta expresamente. Pero cuando ambas modalidades son posibles, la venta privada, realizada aun sin anuncio al público, es válida, supuesto que se haga con buena fé y por un precio justo -- ("bona fide" and "fair price") (Davey v. Dunant, 1857), habiéndose declarado en otras ocasiones, con insistencia, que el vendedor debe actuar como un "dueño prudente" (prudent -- owner) para conseguir el mejor precio que pueda razonablemente obtenerse (Ferriand v. Clay, 1837; Orme v. Wright, 1839; -- Marriott v. Anchor Reversionary Co., 1860; Mc Hugh v. Union Bank of Canada, 1913; Reliance Permanent Building Society v. Harwood-Stamper, 1944).

El acreedor hipotecario ha de ser extremadamente cuidadoso al describir los particulares del predio hipotecado que venda porque si, a causa de una defectuosa descripción, el - comprador se ve obligado a pagar una compensación, como complemento del precio, el acreedor-vendedor queda responsabilizado ante los acreedores posteriores y el deudor no necesariamente por la suma pagada como compensación, sino por la - diferencia entre el precio pagado y aquél que podría haberse obtenido si el error no se hubiera producido (Wolff v. -- Vanderzee, 1869; Tomlin v. Luce, 1889).

Ciertamente, el acreedor goza de amplísima capacidad - de maniobra en el ejercicio de su facultad de venta. No precisa consultar ni al deudor ni a los acreedores posteriores, y aun cuando estime oportuno mantenerles informados del progreso de las negociaciones para la venta, ello no limita su

libertad de acción (G. Merel & Co., Ltd. v. Barclays Bank, - 1963). Así, y como una muestra más de tan holgada libertad - de movimientos, está jurisprudencialmente establecido que el acreedor que vende y antes de consumir resuelve la operación, vendiendo después a un precio inferior, sólo es responsable, a efectos de liquidación del crédito, por el precio efectivamente percibido (Wright v. New Zealand Farmers Co-operative Association of Canterbury, Ltd. 1939).

Toda venta realizada a un precio fraudulentamente bajo (fraudulent undervalue) es susceptible de anulación (Davey v. Dunant, 1857; Colson v. Williams, 1899; Reliance Permanent - Building Society v. Harwood-Stamper, 1944). Pero la declaración judicial de nulidad no es obtenible simplemente porque la venta pueda ser calificada de desventajosa, a menos que - el precio sea tan bajo que el fraude resulte evidente (Warnen v. Jacob, 1882; Re Nunes and District Registrar of the -- -- District of Winnipeg, 1972). Es conveniente y común, aunque no esencial, fijar en las subastas un tipo mínimo (à reserve -- price) para pujar.

El acreedor o su subastador (his auctioneer) pueden -- aceptar un cheque del comprador o rematante, pero si aquél - resulta incorriente, el acreedor no es responsable de las -- costas producidas por la venta frustrada, pudiendo incrementar con ellas el importe de su crédito (Faner v. Lacy, Hartland & Co., 1885).

En uso de la facultad de venta, cuyo límite, siempre -

elástico, es adaptable, en todo caso, al logro de su finalidad principal (realización del crédito asegurado sin perjuicio del deudor y de los eventuales acreedores posteriores), el acreedor puede reunir, para vender en común, pertenencias objeto de varias hipotecas existentes a su favor, siempre - que esta actuación resulte claramente beneficiosa y estableciendo un precio específico para cada una de las fincas o - derechos vendidos en una misma operación (Hiatt v. Hillman, 1871; Re Cooper and Allen's Contract, 1876).

De conformidad con lo establecido en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, el recibo - por escrito dado por el acreedor es suficiente para que el adquirente quede liberado de toda responsabilidad por dicho concepto, sin que el comprador esté obligado a investigar si, - por razón de la hipoteca, quedan pendientes de pago algunas - cantidades.

La aplicación del precio (the application of purchase-money) ha de considerarse a la luz del principio fundamental de que la venta -o un precontrato vinculante de venta (Waring-Lord-v. London and Manchester Assurance Co., Ltd. 1935; -- Property and Bloodstock, Ltd. v. Emerton, 1968)- extingue el derecho equitativo de redención del deudor, lo que constituye al acreedor ejerciente de su facultad de venta en fiduciario de lo que exceda del precio sobre el importe de su crédito - (surplus proceeds of sale] en favor de los demás interesados, según sus respectivas prioridades (S.E. Rail Co. v. Jostin, 1857; Rajah Kishendatt Ram v. Rajah Mumtar Ali Khan, 1879).

El orden para la aplicación del precio obtenido en la venta o subasta, está establecido en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925. Es el siguiente: a) liberación, en su caso, de cargas anteriores a la hipoteca ejecutada, lo cual - puede llevarse a efecto, incluso, mediante consignación judicial; b) costas, gastos y demás pagos legítimos derivados de la venta o de una tentativa de venta anterior (ver más atrás en este mismo subapartado); c) capital e intereses debidos - por razón de la hipoteca ejecutada, así como cualquier otro pago asimismo legítimo derivado de ella; d) el sobrante, si - lo hubiere, ha de entregarse al dueño de la pertenencia ven- dida o a la persona facultada o apoderada para dar recibos - del producto de su venta. La formulación jurídica de los acre- ditados para percibir el sobrante, en el último de los aparta- dos de la enumeración, es poco correcta aunque su idónea in- terpretación no ofrezca excesivas dudas: acreedor posterior, si lo hubiere y, en su defecto, el deudor o sus sucesores en el título.

Supuesta la existencia de acreedores posteriores, el excedente del precio de la venta ha de entregarse al primero de ellos (Re Thomson's Mortgage Trusts, 1920) y si el ejecutante, siendo conocedor de la existencia de un acreedor posterior, - abona el sobrante al deudor, queda responsable ante aquél -- (West London Commercial Bank v. Reliance Permanent Building Society, 1885). Si, por error, el acreedor ejecutante satis- face al posterior o al deudor más de lo que hubiere sobrado, tiene acción para recobrar lo indebidamente pagado (Weld- Blundell v. Synott, 1940).

Descartada la presencia de los acreedores posteriores, es el deudor o sus sucesores en el título los llamados a percibir el sobrante, a menos que hubiere transmitido en vida - el derecho equitativo de redención (equity of redemption), - en cuyo caso es el adquirente quien tiene derecho a percibir el metálico restante, o, finalmente, en caso de dificultad o incertidumbre, procede la consignación judicial (Re Walhampton Estate, 1884). Un claro ejemplo en el que la consignación judicial es la solución idónea, es el de que surja controversia entre el deudor y el segundo acreedor sobre el derecho de éste (Samuel Keller (Holdings), Ltd. v. Martin Bank, Ltd., 1970).

En el caso de que el producto de la venta no llegue a cubrir el importe del crédito y restantes pagos legítimos por razón del mismo, el acreedor puede ejercitar acción personal contra el deudor, por la diferencia (Re Bell, Jeffrey v. -- Sayles, 1896; Hockey v. Westeen, 1898; Re Lloyd, 1903).

Cuando una Asociación de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Society) ejercita la facultad de venta, debe, dentro de los veintiocho días siguientes a la formalización - del contrato, enviar información al deudor sobre la operación realizada, en cumplimiento de lo que prescribe la Ley, antes citada, que regula específicamente la actividad de dichas Asociaciones de carácter mutual.

La Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925 dispone que el excedente del producto de la venta que de en situación de fideicomiso (declares trust of the surplus

of the proceeds of sale), con lo que no hace sino elevar al rango de norma legal una cláusula que era costumbre introducir en el contrato de préstamo hipotecario (Gouthwaite v. - Rippon, 1839) y todavía lo es en las hipotecas no legales. Respecto al acreedor, el mentado fideicomiso abarca exclusivamente el sobrante, no pudiendo ser instrumentado contra él para ninguna otra finalidad ni con ningún otro propósito (Banner v. Benidge, 1881; Warner v. Jacob, 1882). Y si no hay constitución expresa de fideicomiso en el contrato de préstamo hipotecario ni se trata de hipoteca legal, resultando que la cláusula correspondiente se limita a obligar al acreedor a emplear el precio según lo pactado, surge lo que se ha llamado un fideicomiso presunto o supuesto (the constructive trust) y el acreedor se convierte en un fiduciario implícito del sobrante. Tanto si el fideicomiso es implícito como explícito, el plazo de prescripción no comienza a contar contra los llamados a percibir el resto si el acreedor ejecutante retiene el exceso del precio o se apropia de él (Thorne v. Heard, 1895; Limitation Act, 1939).

Los efectos de la venta solemne (conveyance) realizada por el acreedor en el ejercicio de su facultad legal o contractual, han variado según las diversas etapas legislativas y la clase de hipoteca ejecutada. Según la Ley de Contratación Inmobiliaria (the Conveyancing Act) de 1881, el acreedor únicamente podía transmitir aquella pertenencia o derecho real inmobiliaria cuya titularidad le hubiera sido cedida en virtud de la hipoteca. Por lo tanto, el acreedor equitativo de una pertenencia plena absoluta en posesión de carácter legal no

podía transmitir ésta, y el acreedor hipotecario con garantía de una pertenencia menos plena o arrendamiento real carecía -- de la facultad de transmitir el derecho futuro remanente (reversion), que constituía el complemento de la totalidad de las facultades del constituyente de la hipoteca (Re Hodson and Howes' Contract, 1887). De aquí que si se quería otorgar a un acreedor equitativo de la pertenencia plena la facultad de transmitir ésta, el contrato de hipoteca había de contener una cláusula específica de apoderamiento (a power of attorney) para dicha finalidad. En el caso de que el objeto de la hipoteca fuese el arrendamiento real, el contrato de constitución de la garantía debía incluir también un poder para transmitir el derecho futuro remanente o la constitución de un fideicomiso sobre dicho derecho, siendo el deudor mero fiduciario - del mismo en tanto estuviere vigente el contrato de garantía. Frecuentemente, ambas previsiones se incluían en un mismo contrato, y en su formulación más avanzada, la cláusula contenía un poder para que el acreedor, en caso de convenirle, removiera al deudor de su cargo de fiduciario, nombrando a quien quisiera (London and County Banking Co., v. Goddard, 1897). Así en caso de venta podía conferir la pertenencia legal al comprador.

En la actualidad, un acreedor hipotecario que ejercite la facultad de venta que le confiere la Ley del Derecho de -- Propiedad de 1925, tiene, en función de la escritura solemne de constitución de hipoteca, la posibilidad de disponer de - la pertenencia o derecho real inmobiliario objeto de la hipoteca, libre de cualquier pertenencia, derecho real o facultad

de todo tipo respecto a los cuales la hipoteca ejecutada goce de prioridad, pero sujeta a todos los de rango superior a ella (Law of Property Act and Duke v. Robertson, 1973.).

De aquí que un acreedor hipotecario, a pesar de ser exclusivamente titular de un arrendamiento real o de una afección en pago con fuerza de hipoteca legal, tiene facultad expresa, legalmente conferida, para transmitir al comprador la pertenencia plena absoluta en posesión sobre el predio. La escritura solemne de transmisión (conveyance) del más absoluto derecho dominical existente en Derecho inglés, se otorga por el acreedor en nombre del deudor. En manos del comprador, al recibir los derechos tanto del acreedor como del deudor, se opera la extinción de la hipoteca por confusión de derechos. Si el acreedor ejecutante no ostenta el rango de primero, el comprador adquiere la pertenencia plena sujeta a la primera hipoteca.

Cuando el derecho objeto de la hipoteca es una pertenencia menos plena o arrendamiento real, constituida en garantía del pago de una deuda mediante la creación de un subarrendamiento real, el efecto de la venta -más apropiado sería llamarle cesión- es transmitir al comprador -o cesionario- ambos derechos, el del acreedor y el del deudor, extinguiéndose el primero, asimismo, por confusión, y quedando el adquirente -titular del arrendamiento real que en su día hipotecara el --deudor. Lógicamente, el adquirente, al subrogarse en la posición contractual del deudor de cuyo derecho real arrendaticio dispone el acreedor al ejecutar la hipoteca, queda en la mis-

ma posición contractual y obligado por los mismos pactos - (covenants) que el arrendatario del que en definitiva trae - causa. El efecto es el mismo si el derecho real de garantía cuyo objeto sea el arrendamiento real, se constituye bajo la modalidad de afección en pago con fuerza de hipoteca legal - ("charge by way of legal mortgage"; v., en este mismo capítulo, 3.1.2.). La Ley prevé, no obstante, que, con autorización expresa del Tribunal, la cesión del acreedor ejecutante puede circunscribirse exclusivamente al derecho de éste, es decir, al subarrendamiento, quedando el deudor titular del arrendamiento. Así, en tales casos, resulta que el ejecutante se limita a transmitir su derecho dejando intacto el derecho futuro de reversión que, como un residuo, quedó a favor del deudor al constituir la hipoteca. La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 no especifica con arreglo a qué criterios o en qué supuestos el Tribunal puede acceder a la excepción, cuya utilidad puede consistir en que el adquirente no quede vinculado por los pactos de trascendencia inmobiliaria (covenants affecting land), que es usual incluir en los arrendamientos reales de larga duración (v. 4., parte III, cap. III), los cuales, por su excesiva onerosidad, pueden justificar la intervención moderadora del Tribunal.

Examina la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 el supuesto de una subhipoteca ("submortgage"; v. 5.3. en este mismo capítulo) en la que el acreedor subhipotecario ejerce su facultad de venta, estableciendo la conclusión de que la facultad de la que hace uso es la que corresponde al titular de la hipoteca principal sobre la que el subacreedor --

creó su subhipoteca que, según sabemos, ha de constituirse - siempre en forma de subarrendamiento real o afección en pago con fuerza de tal. Por lo tanto, el ejercicio de su facultad de venta produce el mismo efecto transmisorio, en favor del comprador, que si el ejecutante fuera el acreedor subhipotecante; por tanto, transmite la pertenencia plena y absoluta en posesión, extinguiéndose por confusión tanto el arrendamiento real (hipoteca) como el subarrendamiento real (subhipoteca). Ahora bien, cuando la subhipoteca no se constituye sobre una pertenencia plena sino sobre una menos plena, el comprador no adquiere aquélla sino ésta. En suma, en todo caso, el comprador adquiere la totalidad de la pertenencia que el deudor principal pudo transmitir al constituir la hipoteca: la plena o la menos plena.

La venta efectuada en virtud de una hipoteca equitativa, es decir, la realizada por un acreedor equitativo, aun cuando se constituya mediante escritura solemne (by deed), no lleva aparejada la transmisión de la pertenencia legal sobre la finca. Unicamente se puede transmitir el derecho equitativo del acreedor (Re Hodson and Howes' Contract, 1887). Si se le quiere dotar de más amplias facultades, es preciso establecerlas en el contrato hipotecario usando los recursos o expedientes antes mencionados (v. 3.1.3. de este mismo capítulo): constitución de la pertenencia legal en fideicomiso a su favor -- (trust of the legal estate) o apoderamiento expreso para disponer de ella (power of attorney). Si la hipoteca equitativa se constituye exclusivamente mediante el depósito de los títulos de propiedad o escrituras de la pertenencia ofrecida -

en garantía, sin reflejo documental alguno del contrato de préstamo hipotecario, el acreedor únicamente puede vender previa autorización del Tribunal competente.

El titular de una afección hipotecaria inscrita -- (registered charge) (v. 3.2.2. del presente capítulo), siempre que no haya causa dimanante del propio Registro que pueda constituir impedimento (p. ej. una oposición cautelar), - goza de la misma facultad de venta que el acreedor de una hipoteca legal, según expresamente lo establece la Ley del Derecho de Propiedad de 1925. Pero ello siempre y cuando hubiere inscrito debidamente su derecho (Lever Finance, Ltd. v. Needleman's Trustee, 1956). La venta producida por la ejecución de la afección hipotecaria inscrita ha de inscribirse - también, lo que lleva aparejada la cancelación de la propia afección que la motivó, todo ello de conformidad con lo establecido en la Ley del Registro Inmobiliario (Land Registration Act) de 1925.

7.4.2. Extinción del derecho equitativo de redención y venta judicial (foreclosure and judicial sale).

Pasada la fecha prevista para que el deudor hipotecario cumpla la obligación garantizada, por ser ésta de vencimiento fijo, o tras haber sido requerido para ello en términos razonablemente amplios (Fitzgerald's Trustee v. Mellersh, 1892) - si al constituir la no se hubiere establecido fecha de vencimiento, y sin perjuicio de que el acreedor ostente, en virtud de título legal o contractual, la facultad de venta del inmueble

ble (v. 7.4.1. precedente) (Wayne v. Hanham, 1851; Hutton v. Sealy, 1858), puede también ejercitar una acción judicial solicitando que el derecho equitativo de redención (equity of redemption) que asiste al deudor y a quienes traigan causa - de él, incluidos los acreedores posteriores, se extinga, pasando el dominio del predio hipotecado, en términos absolutos, a manos del acreedor.

Este es el remedio judicial que, haciendo uso de un léxico fielmente descriptivo de sus peculiares efectos en el - ámbito del Derecho inglés, podemos denominar acción extintiva del derecho equitativo de redención (foreclosure) o, en - un intento de sintetizar la expresión del concepto en pocas palabras -siguiendo la pauta que nos marca el léxico jurídico inglés, pródigo en expresiones concisas y claras- y buscando, al mismo tiempo, el parangón con nuestro sistema jurídico, cabría bautizar con el nombre de acción comisoria. Para no -- perder de vista las dos orillas, sensiblemente distantes, que marcan el límite de los dos sistemas jurídicos a los que este estudio pretende servir de puente de comunicación, utilizaremos indistintamente una y otra expresión, sorteando asimismo la tentación asimilatoria de conceptos y procurando no abusar de expresiones inusuales y, a primera vista, un tanto cabalísticas.

Si la acción prospera, el derecho equitativo de redención del deudor se extingue o lo que es lo mismo, la propiedad queda decomisada en favor del acreedor. Como una alternativa - al decomiso solicitado, el Tribunal competente puede limitarse

a ordenar la venta del inmueble (Moore v. Morton, 1886). Precisamente es el estudio de esta alternativa lo que va a centrar nuestra atención en el presente subapartado.

En su aplicación práctica, la extinción del derecho -- equitativo de redención, en cuanto remedio otorgado al acreedor, ha sufrido las lógicas alternativas históricas. En principio, estaba considerada como la primera y principal medida de que podía valerse el acreedor defraudado en sus legítimas expectativas de recobro del capital prestado, pero rara vez se aplica en la actualidad, a pesar de que la mente popular sigue estimándolo como el remedio hipotecario por excelencia (Alliance Perpetual Building Society v. Belrum Investments, Ltd., 1957). Uno de los motivos capitales del retroceso experimentado en su aplicación práctica consiste en el hecho de que, en la inmensa mayoría de las hipotecas inmobiliarias -- constituidas en la actualidad, la posición contractual de -- acreedor la asumen las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies), las cuales tienen facultad de venta o disposición, por lo que únicamente acuden a - los tribunales para obtener la posesión de la vivienda, a fin de venderla libre de ocupantes. La acumulación del dominio - de inmuebles sería contraproducente para las A.A.P.V., puesto que se traduciría en una inmovilización de sus recursos contraria a la liquidez necesaria para el buen cumplimiento de su doble finalidad económica: ahorro e inversión.

Si se pretende extinguir el derecho equitativo de redención habiendo acreedores posteriores, o si el valor del predio

es superior al del crédito garantizado, el Tribunal, a petición de parte interesada, generalmente ordena una venta en vez de autorizar un decomiso.

Asistimos, según todos los síntomas, a un renacimiento de la acción comisoria; así se deduce de los datos proporcionados por el Comité de Ejecución Judicial de Deudas - - (Committee on the Enforcement of Judgement Debts) en su informe de 1969. Por ello, cabe pronosticar que, al amparo de las recientes Leyes de Administración de Justicia (Administration of Justice Act de 1970 y 1973), la acción comisoria conocerá una nueva fase de popularidad.

Contrariamente a lo que ocurre con el acto dispositivo extrajudicial en el que, en sustancia, consiste la facultad de venta, no puede existir decomiso sin que medie una resolución judicial que lo autorice (Re Farnol, Eades, Irvine & Co., 1915), culminando con tal permiso un procedimiento en el que el deudor tiene oportunidad de defenderse, sistema de garantías del cual no puede prescindirse por muy remota que parezca la posibilidad del deudor de evitar la extinción de su derecho equitativo de redención (Moore v. Morton, 1886). Además, salvo expreso consentimiento del deudor, el decomiso no se -- concede hasta que se practique liquidación en firme de cuanto, por razón del préstamo hipotecario, se adeude en concepto de capital, intereses y costas y haya transcurrido un cierto tiempo desde que se haya fijado el saldo deudor. El plazo que, generalmente, se concede al deudor para que amortice el préstamo y cancele la carga es el de seis meses contados a partir de -

la fecha en que el saldo deudor quede definitivamente establecido. Pero si la acción comisoria se dirige no sólo contra el deudor, sino también contra los acreedores posteriores, los - cuales se constituyen parte en el procedimiento, sin que se - suscite contienda entre ellos sobre la prioridad de sus respectivos derechos, pueden conseguir sucesivos períodos (Platt v. Mendel, 1884), cada uno de ellos de tres meses de duración, para pagar y neutralizar el riesgo del decomiso que amenaza - con extinguir también sus derechos crediticios. Durante los - plazos concedidos para pagar la deuda y redimir la carga, un acreedor hipotecario sólo puede ejercitar su facultad de venta con autorización expresa del Tribunal competente que conozca de la acción comisoria (Stevens v. Theatres, Ltd., 1903; - Marshall v. Miles, 1971).

En la fecha y sitio determinados en la certificación del Secretario u Oficial judicial (Master's certificate), alguien, en representación del acreedor, ha de personarse para cobrar - el principal, intereses y costas; en caso de que el deudor incumpla definitivamente esta obligación, puede obtenerse una resolución judicial definitiva autorizando el decomiso, a requerimiento del acreedor y mediando prueba suficiente de impago. La orden o resolución judicial así obtenida tiene carácter absoluto y, sin perjuicio de que, en determinadas circunstancias, pueda pedirse la revisión del decomiso, supuestos a los que hemos de referirnos más adelante, extingue el derecho de redención y otorga al acreedor la plena y efectiva titularidad del derecho hipotecado. Este efecto se produce aunque la persona que comparezca, en su caso, para cobrar en representación del

acreedor, no esté debidamente apoderada para ello, si de hecho nadie concurre en representación del deudor para pagar - (Cox v. Watson, 1877; King v. Hough, 1895).

El procedimiento que ha de seguirse en el ejercicio de la acción comisoria será objeto de detenido análisis en el subapartado siguiente. En cuanto a su contenido sustantivo, hemos de puntualizar que la facultad de extinguir el derecho equitativo de redención subsiste a pesar de que el acreedor haya cobrado parte de lo que se le adeude y hasta tanto no sea completamente resarcido de su crédito y demás pagos complementarios. No obstante, el decomiso no puede tener como base exclusivamente una reclamación de intereses (Drought v. Redford, 1827). Pero, si después de obtenido un decomiso absoluto (a foreclosure absolute) el acreedor ejercita una acción personal para obtener el pago, automáticamente se produce la revisión de aquél (to re-open the foreclosure) (Lockhart v. Hardy, 1846; Palmer v. Hendrie, 1859). Dejemos constancia, de paso, de la curiosa y lógica excepción en cuya virtud la acción comisoria no puede ejercitarse contra la Corona -en suma, contra el Estado (Hancock v. A.-G, 1864)- que resulta así ser un deudor privilegiado.

Respecto a quiénes pueden ejercitar esta acción digamos que, tradicionalmente, tal como antes apuntábamos, el genuino remedio definitivo del acreedor hipotecario legal, es decir, aquél cuyo derecho nace de una escritura solemne, era la acción comisoria. Supuesta la acumulación de varias hipotecas sobre una misma pertenencia, todos los acreedores pueden ejerc

citar dicha acción, con sujeción a las hipotecas preferentes a la del actor. El titular de una afección hipotecaria inscrita (v. 3.2.2. del presente capítulo) tiene las mismas facultades, incluida la de ejercitar la acción comisoria, que el acreedor de una hipoteca legal.

La acción comisoria figura también entre las facultades del acreedor hipotecario aunque éstas provengan, no de una hipoteca legal, sino de una afección en pago con fuerza de tal ("legal charge"; v. 3.1.2. precedente), o bien de una simple hipoteca equitativa ("equitable charge"; v. 3.1.3. anterior) cuando ésta, además de constituirse mediante el depósito de las escrituras solemnes de propiedad de la pertenencia hipotecada, va unida a un acuerdo escrito para que se ejecute, si fuere preciso, como si de una hipoteca legal se tratase (Peny v. Keane, 1836; Peny v. Partridge, 1836; Cox v. -- Toole, 1855; Underwood v. Joyce, 1861). La facultad para ejercitar dicha acción ha sido admitida incluso cuando hay un simple depósito de los títulos o un memorandum como instrumentos constitutivos de la hipoteca, sin que exista pacto expreso sobre el modo de, en su caso, ejecutarla (Pryce v. Bury, 1854; Redmayne v. Forster, 1866; James v. James, 1873), salvo que los términos escritos en que la constitución de la hipoteca - tenga reflejo hagan expresa exclusión de la acción comisoria (Sporle v. Whayman, 1855). En suma, la jurisprudencia ha entendido que el simple depósito de los títulos, realizado a los efectos de constituir una hipoteca, permite deducir la existencia de un acuerdo para constituir una garantía real incluyendo, entre las facultades del acreedor, la posibilidad de -

ejercitar acción comisoria contra el deudor o contra quien - traiga causa de él con conocimiento efectivo o presunto del depósito hipotecario (with actual or constructive notice of the deposit) (Birch v. Ellames, 1794; Re Wright, 1812; Parker v. Housefield, 1834).

Ahora bien, el acreedor en una afección en pago con - fuerza de hipoteca equitativa ("equitable charge"; v. -- 3.1.3.4. de este capítulo) no puede decomisar por cuanto en su caso no hay pacto, ni siquiera implícito, para constituir una garantía de carácter legal ni para adquirir pertenencia alguna (Re Owen, 1894; Shea v. Moore, 1894; Tennant v. -- Trenchard, 1869).

Tanto en su perspectiva histórica (Price v. Bury, 1853; Lister v. Turner, 1846) como en su regulación actual, es válida la afirmación de que el ejercicio de la acción comisoria puede implicar, como solución alternativa ordenada por el Tribunal competente, una venta de la pertenencia hipotecada. En la actualidad, puesto que todas las hipotecas constituidas en escritura solemne atribuyen al acreedor, además de la acción comisoria, la facultad de venta, se estima que siempre que en cualquier modalidad hipotecaria haya pacto explícito o implícito para ejecutar la garantía como si de una hipoteca legal se tratase, el acreedor tiene a su disposición ambos remedios: decomiso o venta (Kennard v. Futvoye, 1860; Matthews v. -- Goodday, 1861); la venta puede transformarse de una simple alternativa en una imposición judicial.

El lógico proceso de evolución legislativa que ha conferido al poder judicial la facultad de ordenar una venta como solución alternativa al ejercicio de una acción comisoria, ha culminado en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 que regula el tema que nos ocupa en su artículo (section) 91. De acuerdo con él, en la parte que ahora nos concierne, inter- puesta una acción comisoria de la garantía con la que se pretenda obtener el dinero preciso para satisfacer el crédito hi potecario, el Tribunal competente, a petición del deudor o de cualquier otra persona interesada en el crédito o en la perte nencia hipotecada, y sin que tenga obligación de conceder pla zo alguno para el levantamiento de la carga, puede disponer una venta de la pertenencia hipotecada, en los términos que estime oportunos, ordenando la consignación, en el propio Tri bunal, de la suma que éste estime necesaria para cubrir los gastos inherentes a la venta.

La Ley otorga un derecho a las partes, no absoluto, para exigir una venta, concediendo sólo al Tribunal una facultad plena para ordenarla (Brewer v. Square, 1892; Clarke v. Pannell, 1884). La decisión judicial puede adoptarse en cualquier momen to anterior al decomiso absoluto (foreclosure absolute) (Union Bank of London v. Ingram, 1882; Weston v. Davidson, 1882; Industrial Development Bank v. Lees, 1971). No constituye obje cción válida para oponerse a la acción comisoria el hecho de que el acreedor tenga una facultad de venta que sea ejercitable y a cuya puesta en práctica podría haber recurrido en lugar de ejercitar la acción comisoria (Brewer v. Square, 1892). El Tribunal goza de un amplio margen discrecional en el ejercicio

de la facultad que la Ley le atribuye, del cual ha de usar con la mira puesta en beneficiar a todos los interesados - en la pertenencia hipotecada, si ello es posible, y sin -- perjudicar a ninguno de ellos.

Se ha de acreditar ante Tribunal competente, mediante las pruebas o testimonios oportunos, el valor real de la - finca (Smithett v. Hesketh, 1890) y, supuesto que el primer acreedor quede asegurado contra todo perjuicio en la satisfacción de su crédito y demás pagos complementarios (Hurst v. Hurst, 1852), el deudor y los acreedores posteriores han de tener la oportunidad de obtener un sobrante al igual que si la disposición de la pertenencia se llevara a cabo en -- ejercicio de la genuina facultad de venta (v. subapartado - precedente). Consiguientemente, una venta se puede ordenar en los términos en que lo solicite un acreedor hipotecario posterior o el propio deudor, que consigne ante el propio - Tribunal una cantidad suficiente para garantizar al primer acreedor de toda pérdida o menoscabo en la satisfacción de su derecho (Norman v. Beaumont, 1893); si se omite tal aseguramiento, la operación propuesta puede ser rechazada por el Tribunal competente (Cripps v. Wood, 1882). En los casos en que la garantía real resulte escasa o deficiente, las expectativas del deudor de obtener un remanente sobre el importe del crédito y demás pagos complementarios puede ser totalmente ilusoria o basarse en maniobras claramente especulativas (Hurst v. Hurst, supra; Merchant Banking Co. of London v. London and Hanseatic Bank, 1886). Si la garantía real -- constituida se compone de varias pertenencias, emplazadas en

lugares diversos y distantes entre sí, resultando, además, que sus valores respectivos son sensiblemente desiguales, - de lo que se deriva dificultad para disponer de ellas conjuntamente y en una sola operación, y existiendo el riesgo de que la hipoteca, si la venta se fracciona, quede limitada a la parte de la garantía que tenga menos valor, hay razones sobradas para que una propuesta de venta del segundo acreedor en la que concurren tales circunstancias, sea desechada (Provident Clerks Mutual, etc., Association v. Lewis, 1892).

De otra parte, si la garantía real es deficiente o escasa, y no hay beneficio presumible en que las partes ligadas por la o las hipotecas efectuen una venta, ésta no se - debe autorizar (Lloyds Bank, Ltd. v. Colston, 1912). Así mismo, tampoco se ha de ordenar la venta si no es posible entregar la libre posesión de la finca hipotecada (Siesby v. Holliman, 1955).

Una venta inmediata no suele autorizarse pudiendo ocurrir, por el contrario, que en la resolución judicial en la que aquella se ordene se establezca un plazo de tres meses, contado desde la fecha de la certificación del Secretario o del Oficial del Juzgado determinando el importe de lo adeudado hasta el momento en que la operación de venta pueda realizarse, a fin de ofrecer al deudor una última oportunidad - de cancelar la carga (Green v. Biggs, 1885; Jones v. Harris, 1887), especialmente si hay indicios claros de solvencia en cuanto al deudor, por encontrarse éste en una etapa de difi-

cultades claramente transitorias (Hopkinson v. Miers, 1889). La venta ordenada por el Tribunal cabe limitarla a aquella parte de la propiedad inmobiliaria con cuyo precio habría - suficiente para cubrir el pago (Wade v. Wilson, 1882). Pero, si por sus características -finca de escaso valor, garantía insuficiente, etc.- resulta aconsejable una operación de venta inmediata o en un plazo breve, la decisión cae dentro del ámbito de competencia del Tribunal que conozca del asunto - (Oldham v. Stringer, 1884; Williams v. Owen, 1883; Charlewood v. Hammer, 1884).

La gestión de la venta la lleva, de ordinario, el deudor dada su condición de principal interesado en obtener el precio más alto posible (Davies v. Wright, 1886; Christy v. Van Tromp, 1886). Supuesto que sea así, al deudor, por lo general, no se le impone la obligación de constituir garantía en cuanto a las costas de la operación, ya que él y el precio que obtenga responden de ellas (Davies v. Wright, 1886), si bien el Tribunal puede ordenar lo contrario, disponiendo la constitución de la garantía (Brewer v. Squeare, 1892). Si la gestión de la venta no se encomienda al deudor, tiene preferencia un eventual segundo acreedor (Norman v. Beaumont, - 1893) y, en su defecto, el primer acreedor ejecutante (Re - Jordan, 1884; Hewitt v. Nanson, 1858). La venta puede pactarse sin intervención directa del Tribunal, pero respetando, - en todo caso, el precio de tasación (reserve price) y consignando el que en definitiva se obtenga, en todo caso, en el -- propio Tribunal (Woolley v. Colman, 1882; Davies v. Wright, 1886). El precio de tasación, si el acreedor no da su consen

timiento a la venta, debe establecerse en una suma que alcance a cubrir, como mínimo, lo que a él se le deba (Woolley v. Colman, supra). La parte que gestione la venta no es responsable del fraude que, eventualmente, cometan otros interesados que actúen mediante postores falsos (puffers). Una orden de venta no constituye impedimento para que el acreedor ejercite las restantes medidas a su alcance (Re Kelday, Ex parte Meston, 1888).

La venta puede ordenarse, de acuerdo con la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, cuando el acreedor-actor pretenda un decomiso e, incluso, cuando no haya derecho a éste. Pero, excepto en aplicación de las facultades conferidas a los Tribunales por dicha Ley, no es posible disponer una venta sin el consentimiento expreso del primer acreedor (Wickenden v. Rayson, 1855) y con el efecto de que la pertenencia vendida quede libre de hipoteca, pues si aquélla se transmite con la carga, la operación es perfectamente viable en todo caso y en cualquier momento. Si el acreedor preferente es actor o se persona en el procedimiento, ha de ser requerido de inmediato para aceptar o rehusar la venta (Jenkin v. Row, 1851).

7.4.3. Extinción del derecho equitativo de redención (acción comisoria) (action for foreclosure)

La competencia para conocer del procedimiento judicial que se inicia con la interposición de la acción comisoria, -- está centralizada en el Tribunal de Cancillería (Chancery -- Division), según lo prevenido en la Ley del Tribunal Supremo

de Justicia (Supreme Court of Judicature) de 1925. Pero si la suma debida por razón de la hipoteca no excede de 500 - Libras (según cuantía inicialmente fijada), la competencia para el desarrollo del procedimiento comisorio corresponde al Tribunal del Condado (county court) en cuyo territorio esté enclavada la finca hipotecada, según así lo previene la Ley de Tribunales de Condados (County Courts Act) de 1959, la cual asimismo establece que las partes procesalmente legitimadas pueden, mediante acuerdo, ampliar la competencia de estos Tribunales de jurisdicción territorial reducida. Más tarde, la Ley de Administración de Justicia (Administration Justice Act) de 1969, reforzando claramente la competencia que, en materia de Equidad, ya ostentaban los Tribunales de Condado, ha ampliado hasta 5.000 Libras - sus atribuciones para conocer y fallar en materia de extinción del derecho equitativo de redención.

Varias acciones comisorias, ejercitadas contra un mismo deudor, por razón de diferentes hipotecas, se pueden acumular en un solo procedimiento (Holden v. Silkstone and -- Dodnorth Coal and Iron Co., 1881).

El estudio de las partes intervinientes en el proceso nos obliga a distinguir entre personas interesadas en la garantía real y personas interesadas en el derecho equitativo de redención cuya extinción se pretende.

Entre las personas interesadas en la garantía (persons interested in the security) figura, en primer lugar, el titu

lar de la misma (the holder of the security), es decir, el acreedor a cuyo favor quedó directamente constituida (Wood v. Williams, 1819) o el cesionario, por acto "inter vivos", de sus derechos (Browne v. Lockhart, 1840); este último, como es lógico, también puede ejercitar la acción (Platt v. Mendel, 1884), pero con subordinación al estado de cuentas existente, respecto al crédito, entre el acreedor y deudor primitivos.

Fallecido el acreedor hipotecario sin haber transmitido previamente su derecho hipotecario, o en caso de muerte del adquirente de éste, el crédito y su garantía pasan a los administradores-ejecutores (personal representatives) de la herencia de aquél que fuere titular en el momento del fallecimiento, los cuales pueden, asimismo, ejercitar la acción comisoria hasta el momento en que, en cumplimiento de la función que les está asignada, adjudican la hipoteca a alguno de los herederos o la transmiten, a título oneroso, a un tercero.

Supuesta la existencia de coacreedores hipotecarios, - que tengan la condición de titulares solidarios del correspondiente crédito, la acción comisoria pueden interponerla conjuntamente, pero si alguno no quiere o ha realizado actos que entrañan la exclusión de este radical remedio defensivo, la acción puede ser ejercitada por uno solo de los acreedores, supuesto que exige que los otros coacreedores sean también - citados como demandados en el procedimiento (Davenport v. --- James, 1847; Remer v. Stokes, 1856; Luke v. South Kensington

Hotel Co., 1879). Pero si el coacreedor hipotecario está facultado únicamente para percibir parte del crédito hipotecario, no puede interponer la demanda solo y extinguir, proporcionalmente a su derecho, el equitativo de redención del deudor (Palmer v. Earl of Carlisle, 1823), por lo que resulta obligado el ejercicio de la acción conjuntamente por todos los acreedores mancomunados.

El segundo y los demás acreedores posteriores pueden decomisar la finca hipotecada sin que sea preciso constituir un litis-consorcio activo con los acreedores hipotecarios anteriores, cuyos créditos subsisten aún cuando la acción prospere. Es decir, que la titularidad de la pertenencia hipotecada pasa a manos del acreedor posterior que ejercita victoriosamente la acción comisoria, pero no libre de cargas, sino respondiendo por razón de las hipotecas de rango superior a la ejercitada. Por este camino, el acreedor de rango inferior puede eludir la amenaza que para su derecho supone el eventual ejercicio de la acción comisoria por algún acreedor anterior. Estos no son necesariamente parte en el procedimiento cuando el posterior o último ejercita la acción, ya que el resultado de ésta en nada afecta a la integridad de sus derechos (Delabere v. Norwood, 1786; Parker v. Fuller, 1830).

Encabeza la relación de las personas interesadas en el derecho equitativo de redención (persons interested in the equity of redemption), el titular de esta facultad (owner of equity of redemption). A los efectos de la acción comisoria, el concepto engloba un numeroso grupo de eventuales titula-

res de tal facultad puesto que, por esencia, el procedimiento comisario ofrece a cuantos tengan interés en la redención de la carga la facultad de redimirla. La pasividad ante este ofrecimiento lleva aparejada el radical efecto del decomiso. De aquí que muchas personas hayan de ser parte en el procedimiento o hayan de estar suficientemente representadas en él por personas que tengan la condición de tales (Tylee v. Webb, 1843; Gedye v. Matson, 1858; Caddick v. Cook, 1863; Griffith v. Pound, 1890]. Por ello ha de ser parte, en primer lugar, el deudor hipotecario, en cuanto titular por antonomasia del derecho equitativo de redención, a menos que lo hubiere transmitido previamente al ejercicio de la acción comisoria, así como todos los codeudores, en caso de titularidad plural en mano común (jointly) de la pertenencia hipotecada. El deudor principal no es parte, necesariamente, en una acción comisoria dirigida por un subacreedor hipotecario contra un subdeudor hipotecario. Pero si el subacreedor pretende decomisar también el derecho del deudor principal, éste ha de ser litis-consorte-pasivo con su acreedor y posterior subdeudor hipotecario (Hobart v. Abbot, 1731).

El fiduciario o comisario de un deudor hipotecario en situación legal de quiebra (bankruptcy), es parte obligada, en representación de éste, de toda acción dirigida contra su patrimonio, según así lo dispone, con el carácter de principio general, la Ley de Quiebra (Bankruptcy Act) de 1914. A "sensu contrario", tal como la jurisprudencia se ha cuidado de puntualizar (Kerrick v. Saffery, 1835), el quebrado no puede ser parte en dichas acciones.

Los administradores-ejecutores de la herencia del deu dor o del adquirente, por acto "inter vivos", del derecho - equitativo de redención de la carga hipotecaria, son parte, necesariamente, en el proceso comisorio, a menos que la per tenencia, en virtud de acto de los propios administradores-ejecutores, llevado a cabo en el cumplimiento de sus funciones, haya sido adjudicada a un heredero o transmitida a un tercero (Ley de Administración de Pertenencias -- -- -- "Administration of Estates Act" - de 1925). La presencia de fiduciarios, en general, y de los administradores-ejecutores de una herencia, tanto testada como intestada, cuando en - ella queda incluida alguna pertenencia inmobiliaria contra - la que se siga acción comisoria, excluye, por innecesaria, - la intervención como parte demandada en el procedimiento de los beneficiarios representados por aquéllos.

Si el derecho equitativo de redención es objeto de -- una vinculación estricta (strict settlement of equity of - redemption), la titularidad de la pertenencia plena hipotecada recae en el titular vitalicio de la pertenencia ("tenant for life"; v. 1.3.2., parte II, cap. III), pero si éste no - existe o se trata de un menor, ocupa su lugar el llamado dueño estatutario (the estate owner) que, en definitiva, no es sino un fiduciario de todos los beneficiarios de la pertenencia, según ya quedó expuesto con mayor detalle en otro lugar del presente estudio (ver cita precedente).

El primer acreedor hipotecario o cualquier otro de rango posterior (Adams v. Paynter, 1844; Tylee v. Webb supra, -

Johnson v. Holdsworth, 1850), sea legal o equitativo (Adams v. Paynter, supra; Tylee v. Webb, supra), que ejercite una acción comisoria (Burgess v. Sturges, 1851; Ormsby v. Thorpe, 1808), ha de demandar o dirigirse contra todo acreedor cuya garantía sea posterior a la suya con objeto de que sus sucesivas y respectivas facultades de cancelación y redención de la carga sean preservadas (Graves v. Wright, 1842).

Si, estando en trámite la acción comisoria, el demandante tiene conocimiento de una carga posterior, es preciso extender la demanda al titular de la misma para evitar que se encuentre en estado de indefensión (Moser v. Marsden, 1892). El problema se suscita cuando, desconociendo el demandante la existencia de acreedores hipotecarios posteriores, se consuman los efectos de la acción extintoria del derecho equitativo de redención. En esta situación han de tenerse presentes, en principio, es decir, sin menoscabo de las peculiaridades que cada caso ofrezca, estos dos criterios:

- 1.- Si el demandante, supuesta su buena fe, obtiene el fallo solicitado con desconocimiento de la existencia de la carga posterior, la resolución recaída vincula al acreedor posterior, cuya existencia se descubra con posterioridad, solo en lo relativo al estado en que quedaron liquidadas las cuentas de la obligación monetaria cuyo incumplimiento desencadenó el ejercicio de la acción comisoria (Cockes v. Sherman, 1676; Lomas v. Hide, 1690; Godfrey v. Chadwell, 1707). No obstante,

si la existencia del desconocido acreedor posterior - se pone de relieve inmediatamente antes de que el Tribunal emita su fallo definitivo, aún puede personarse en el procedimiento y hacer valer sus medios de defensa frente al decomiso (Keith v. Butcher, 1884; Re -- Parbola, 1909; Campbell v. Holyland, 1877).

- 2.- Consiguientemente, cualquier maquinación fraudulenta, unilateral o bilateral, en cuya virtud se hubiere pretendido desconocer la existencia del acreedor posterior, atribuye a éste la facultad de solicitar la reapertura del procedimiento, incluso en lo concerniente a la liquidación del crédito y demás pagos complementarios por razón de él. Pero la conducta fraudulenta que provenga exclusivamente del deudor hipotecario -- orientada a la creación de hipotecas posteriores para librarse del decomiso, es motivo suficiente para que el acreedor ejecutante consiga que tales acreedores - ficticios no sean considerados parte del procedimiento comisorio (Yates v. Hambly, 1742; Smith v. Chichester, 1842).

Las alegaciones (the pleadings), tratándose de un acreedor hipotecario que solicite el decomiso como "petitum" único de su demanda, han de consistir, en esencia, en una cuenta de lo que por razón del préstamo hipotecario se le adeude, - puntualizando expresamente los tres sumandos -capital, intereses y costas- que contribuyan a arrojar la cantidad total que sea objeto de reclamación.

Se acostumbra a pedir la venta como solución alternativa al decomiso, pero aunque esta solicitud se omita, ya sabemos (v. 7.4.2. anterior) que el Tribunal que conozca -- del procedimiento puede ordenarla, si lo juzga conveniente. El pago de la deuda, a tenor de lo pactado en el contrato de préstamo hipotecario, debe constituir la primera, principal e inexcusable exigencia del demandante porque sólo en su defecto, y aún después de ejercitada la acción, puede entenderse pedido -y, consiguientemente, concederse- el decomiso o la venta (Dymond v. Croft, 1876; Farrer v. Lacy, -- Hartland & Co., 1885).

Si el acreedor hipotecario está en posesión de la finca, habrá de solicitar una liquidación complementaria de la principal, que actuará como sustraendo de ésta, por razón de las rentas y frutos recibidos, compensados por gastos realizados en la finca con autorización del deudor. El acreedor carente de la posesión del inmueble puede solicitar en la demanda que se le entregue aquélla, pero esto no es necesario puesto que el ejercicio de una acción comisoria incluye una petición implícita de la posesión, por lo que la entrega de ésta puede ser ordenada al deudor aunque el acreedor no lo hubiere solicitado (Manchester and Liverpool Bank v. Parkinson, 1889) e incluso aunque el deudor no comparezca en el procedimiento (Salt v. Edgar, 1886). No obstante, y por la sola petición de parte interesada, no se ordena por el Tribunal si en el previo requerimiento de pago no estaba ya contenida la petición (Le Bas v. Grant, 1895); sólo si la orden judicial de decomiso es absoluta y definitiva se --

ordena la entrega de la posesión, aun cuando la petición correspondiente se hubiere omitido en el requerimiento de pago (Marshall v. Shrewsbury, 1875).

Tratándose de una hipoteca equitativa, constituida mediante el depósito de las escrituras solemnes de titularidad de la pertenencia, el acreedor puede pedir, en primer lugar, que se asimile su título al de un acreedor hipotecario en virtud de hipoteca legal, como paso previo a la petición de decomiso (Marshall v. Shrewsbury, supra).

El fallo que se emite (the judgment) hemos de analizarlo, primeramente, en una perspectiva general, haciendo algunas consideraciones sobre su sustancia y su forma (the nature and form of the judgment).

Ejercitada una acción de decomiso, el fallo judicial se ha de basar en una declaración expresa de que la garantía cuyo ejercicio se pretende es válida, si sobre este punto se hubiere cuestionado (Holmes v. Turner, 1843; Faulkner v. Daniel, 1843; Carlon v. Farlar, 1845). Tal declaración supuesta su necesidad, puntualiza los derechos y prioridades de los titulares de las varias cargas, hipotecarias y no hipotecarias, existentes sobre la pertenencia objeto del procedimiento (Jones v. Griffith, 1845), practicando la liquidación de las cantidades pendientes de pago por razón de cada una de ellos, aplicando las cantidades parcialmente entregadas antes de iniciarse el procedimiento, primero a la satisfacción de los intereses y después al capital (Thorneycroft v. Crockett,

1848; Simmons v. Blandy, 1897).

Cuando se solicita una orden de pago personal contra el deudor, el Tribunal dispone que aquél se debe efectuar - dentro de un plazo no excesivo, generalmente el de seis meses a partir de la fecha del pertinente certificado del Secretario u Oficial del Tribunal en el que formalmente se re fleje tal orden (Platt v. Mendel, 1884) y, para el caso de que el deudor cumpla su obligación, se ordena al acreedor - que retransmita al deudor (to re-convey), con toda la solemnidad precisa, la pertenencia que le servía de garantía y le devuelva cuantas escrituras solemnes y documentos referentes a ella obren en su poder. Supuesto que la orden de pago diri gida al deudor, o a quien, en su caso, ostente la titularidad del derecho equitativo de redención, resulte inoperante, se dispone el decomiso en favor del actor, y si éste hubiese solicitado al mismo tiempo la posesión del inmueble (Wood v. Wheeler, 1882) o el Tribunal, a pesar de que tal solicitud - complementaria se hubiere omitido, estimase oportuno otorgarla (Salt v. Edgar, 1886), se manda, asimismo, que el deudor entregue de inmediato la posesión al acreedor ejecutante.

Tratándose de una hipoteca equitativa, se ordena al - deudor que incumpla la orden judicial de pago que transmita, solemnemente (to convey), al acreedor la titularidad de la - pertenencia ofrecida en garantía, libre de cargas posteriores (Holmes v. Turner, 1843; Footner v. Sturgis, 1852; Pryce v. Bury, 1853) y, en caso de desobediencia, el Tribunal da - orden de adjudicación judicial (a vesting order). Veamos aho

ra, pormenorizado, el desarrollo de todo este laborioso y com
plicado proceso jurídico en sus varias posibilidades.

Cuando varias hipotecas se acumulan sobre una misma -
pertenencia y siendo el primer acreedor el que, anticipándo-
se a los demás, ejecuta su crédito, el segundo, en cuanto --
primer cesionario del derecho equitativo de redención, ocupa
el lugar y se subroga en las facultades del deudor (Mainland
v. Upjohn, 1889), lo que equivale, en cuanto al tema que nos
ocupa, a la posibilidad de ejercitar en primer lugar la fa-
cultad de redimir la carga, previo pago de cuanto sea debido
al acreedor ejecutante; omitido esto, su derecho queda deco-
misado; si hay más de dos acreedores, el mecanismo defensivo
de éstos entra en juego tantas veces como acreedores haya, -
quedando en último lugar el deudor, cuyo derecho resulta así
mismo decomisado si no responde al postrer requerimiento de
pago, en cuyo caso, y como resultado del proceso de extinción
del derecho equitativo de redención en sus diversas encarna-
ciones personales, el primer acreedor, que puso en marcha el
mecanismo del decomiso, queda titular de la finca libre de -
toda carga.

Pero, si los acreedores posteriores, o al menos alguno
de ellos, hacen uso de la facultad de llevar a cabo la reden
ción de la carga, el que la levanta tiene facultad para exi-
gir que el importe de lo satisfecho por principal, intereses
y costas, se sume a lo que por razón de su propio crédito po-
dría reclamar, y así sucesivamente, dado que existan terce-
ros y posteriores acreedores hipotecarios. Si el último de -

ellos levanta la totalidad de las cargas precedentes, su crédito frente al deudor se compone de la suma de todos los créditos cancelados por él, y si aquél no le paga, se otorga el decomiso a su favor.

Habiéndose acudido a la subhipoteca como garantía real son tres, aun en el supuesto más simple, los sujetos jurídicos interesados en el desenlace de la acción comisoria: el deudor principal o primitivo (W), su acreedor hipotecario -- (H) que a la vez es deudor del subacreedor, y este último -- (K). Si K ejercita una acción comisoria contra H y W, es preciso que el fallo del Tribunal se preocupe de liquidar, es decir, de concretar, por separado, lo que se debe a H y a K. Si éste recibe lo que se le adeuda, siempre que el montante de dicha deuda no sobrepase la suma adeudada a H, y se satisface a éste el resto que resultare procedente, cada uno debe dar carta de pago, con todos los efectos legales, de sus respectivos créditos. Pero si se produce el impago, W es decomisado por K; por otra parte, si H le paga todo lo que se le deba, K debe dar recibo o carta de pago, pero si no ocurre así, el derecho de H es, asimismo, decomisado por K.

Uno de los aspectos sustanciales sobre el que ha de pronunciarse el Tribunal es el del plazo dentro del cual se le permite al deudor efectuar el pago (the time allowed for payment). La práctica más común sobre este particular es la de fijar un plazo de seis meses, computados a partir de la fecha del certificado del Secretario u Oficial del Tribunal fijando el importe de la deuda (Platt v. Mendel, 1884). La

indicada certificación ha de señalar como domicilio donde - el pago ha de llevarse a efecto, el del despacho del abogado del acreedor (the office of the mortgagee's solicitors), - si éste se encuentra dentro de un radio de cinco millas de - la sede del Tribunal de Justicia (the Royal Courts of Justice) o cualquier otro lugar previamente convenido por las partes, reproducido en la referida certificación. En otro caso, el - domicilio del pago ha de ser la propia sede del Tribunal de Justicia. Dentro de lo que podríamos llamar el proceso judicial ordinario, ambas partes tienen derecho a dicho plazo, - tanto si se trata de hipoteca legal como equitativa, e independientemente de que se pretenda el decomiso o la venta -- (Parker v. Housefield, 1834; Price v. Carver, 1837; King v. Leach, 1842; Lister v. Turner, 1845; Lloyd v. Whittey, 1845; Meller v. Woods, 1836).

Tenemos ya dicho que, concurriendo pluralidad de acreedores hipotecarios sucesivos, el pago es realizable por todos ellos en forma también sucesiva y, en último lugar, por el - deudor. La traducción práctica de esta norma de carácter general consistía, antaño, en un primer período de seis meses, seguido de tantos de tres meses como acreedores posteriores hubiere (Titley v. Davies, 1743; Beevor v. Luck, 1867; Lewis - v. Aberdare and Plymouth Co., 1884) y uno final, asimismo de tres meses, como última oportunidad de pago ofrecida al deudor. La regla reconocía ciertas excepciones y, con el paso - del tiempo, ha caído en desuso o se aplica sólo en circunstancias especiales. Un ejemplo, aún en tiempos pasados, de no - multiplicidad de períodos para ejercitar la facultad de cance

lar la deuda hipotecaria, era el de la constitución simultánea o en el mismo día de varias hipotecas sobre un mismo predio, en cuyo caso se concedía un solo plazo (Long v. Storie, 1854).

En los términos en que la práctica judicial de la acción comisoria se desarrolla actualmente, la regla de la multiplicidad de períodos sucesivos ha quedado obsoleta en estos dos importantes supuestos: cuando se suscita cuestión de prelación entre los acreedores posteriores y si alguno de ellos no aparece. La cuestión de la prelación es algo que no interesa al actor y primer acreedor y cuya dilucidación no puede perjudicarle en su derecho a obtener el decomiso, por cuya razón se reconoce un plazo de redención común a todos ellos, sin que ello prejuzgue, como es lógico por otra parte, la cuestión de la prelación (Bartlett v. Rees, 1871; General Credit and Discount Co. v. Glegg, 1883; Lewis v. Aberdare and Plymouth Co., 1884; Tufnell v. Nichols, 1887). Otro tanto ocurre cuando no comparecen uno o varios de los acreedores posteriores, ya que la fijación de períodos sucesivos entrañaría la dilucidación injustificada de las respectivas prioridades (Doble v. Manley, 1885).

Y aunque no se susciten cuestiones de prelación, y habiéndose personado en el procedimiento todos los acreedores posteriores, la práctica actual consiste en establecer un único período de redención (Smith v. Olding, 1884; Mutual Life Assurance Society v. Langley, 1884; Platt v. Mendel, 1884; Smithett v. Hesketh, 1890). La norma práctica actual -

no está concebida en términos absolutos -pocas reglas lo están en Derecho inglés-, por lo que pueden autorizarse períodos sucesivos en circunstancias especiales, recayendo en el segundo y posteriores acreedores el "onus probandi" de que su peculiar situación es merecedora de especial indulgencia en esta materia (Bertlin v. Gordon, 1886).

La ampliación del plazo para la amortización de la deuda y la reapertura del decomiso (enlarging the time for payment and opening the foreclosure) vienen a constituir otro gran grupo de temas genéricos sobre los que puede versar el contenido del juicio o fallo del Tribunal. Este puede, discrecionalmente y a petición de parte interesada, o como reacción contra una solicitud injustificada del acreedor para declarar el decomiso absoluto (Lee v. Heath, 1747; Alden v. Foster, 1842), retrasar la fecha fijada como última para realizar el pago o proceder a una reconsideración del decomiso después de que hubiere transcurrido dicha fecha tope para el pago.

La mitigación del rigor de la fecha se concede al deudor únicamente en el supuesto central al que se refiere el presente subapartado, es decir, en el contexto de una acción comisoria y no en una acción cancelatoria o de redención de la carga (action for redemption), de cuyo estudio nos ocuparemos en otro momento (v. 9.1.10 más adelante), porque en este último caso el deudor insta al Tribunal afirmando que tiene a punto el dinero preciso para efectuar la cancelación mientras que en el primer supuesto tiene una oportunidad de

redención que con toda exactitud cabría llamar compulsoria: puede acogerse a ella pero no la ha provocado él (Novosielski v. Wakefield, 1811).

El Tribunal, caso de que haya razón suficiente y acreditada para ello, no tiene constreñidas sus facultades discrecionales a la concesión de un solo aplazamiento. Se conocen casos de hasta tres y cuatro aplazamientos sucesivos de la fecha fijada como tope para cancelar la deuda, y ello aun que tales plazos, que luego se amplían, fuesen anunciados - como absolutamente perentorios y también a pesar de que el - deudor, al solicitarlos, hubiere manifestado que no solicitaría ninguna nueva prórroga (Edwards v. Cunliffe, 1816).

La primera prórroga suele ser de seis meses, plazo que a veces se concede también en una segunda prórroga, aunque - es asimismo frecuente reducirlo, en esta segunda hipótesis, a un plazo oscilante entre tres y cinco meses, de acuerdo con las circunstancias.

Pero las prórrogas no se conceden, ni siquiera la primera de ellas, sin motivo. Razones muy poderosas han de fundamentarlas. Cuando, por ejemplo, el deudor demandado ha realizado, sin éxito pleno, serias tentativas para encontrar un -- cesionario de sus derechos cuyas condiciones económicas le - permitan hacer frente a los pagos que deba realizar, siendo viable, sin embargo, que sus gestiones fructifiquen si la -- ampliación del plazo se concede, hay fundamento suficiente - para que ésta se conceda (Nanny v. Edwards, 1827; Eyre v. --

Hanson, 1840; Quarles v. Knight, 1820). Sin embargo, el adquirente del derecho equitativo de redención "litis pendente" difícilmente alcanzará una prórroga, por razones obvias - (Blackburn v. Parbola, Ltd., 1909). Cuando se instan sucesivas prórrogas, las razones alegadas como fundamento para su obtención han de aumentar de peso: habrán de ser para la segunda prórroga más fuertes que para la primera, pero menos - que para la tercera. Así, la segunda, siguiendo con el ejemplo anterior, no se obtendrá a menos que se acredite que es inminente la obtención del dinero, por haberse concluido el acuerdo de cesión de la pertenencia hipotecada (Edwards v. Cunliffe, supra; Campbell v. Moxhay, 1854). Y una poderosísima causa de retraso inesperado o de dificultad imprevisible ha de servir de causa a una tercera o cuarta instancia de prórroga, para que haya esperanzas serias de que ésta -- prospere.

Comunmente, la prórroga tampoco se concede en términos incondicionales. Se requiere, ya hemos dicho que por lo general, que en o antes del día en que el pago de la totalidad - debió efectuarse, como fecha tope, se satisfaga la cantidad judicialmente liquidada y certificada en concepto de intereses y costas debidas a dicha fecha, si bien, en algunos casos, por causa de lo muy significativo de la cuantía de lo debido por tales conceptos, la indicada obligación de pago parcial ha sido suavizada (Holford v. Yate, 1855; Forrest v. Shore, - 1884) -aminorando la cantidad que había de hacerse efectiva - en dicho momento. Pero, si por las circunstancias del caso, o por la brevedad del intervalo entre el momento de la soliciu

tud de la prórroga y la fecha de vencimiento de la obligación de pago, hay dificultad verosímil incluso en satisfacer los intereses y las costas, el Tribunal puede disponer un aplazamiento específico, para la regularización de dichos conceptos, por plazo de un mes u otro similar que se estime conveniente a tal fin. Caso de que la fecha fijada para regularizar intereses y costas haya de expirar antes de que puedan formularse las alegaciones contra la decisión judicial fijándola, el Tribunal puede aplazar aquélla.

Acaecido el impago previsto en la orden judicial, en la fecha señalada, el decomiso se declara solemnemente y en forma absoluta. La orden absoluta de decomiso (order - - absolute for foreclosure) ha de sustentarse en una declaración jurada de impago de lo adeudado, ocurrido en el domicilio y fecha preestablecidos y a la persona destinataria del pago o a su representante, según los términos fijados en el fallo inicial o provisional sobre el decomiso. Producido el hecho y probado en la forma indicada, el decomiso, tanto si se trata de hipoteca legal como equitativa (Lees v. Fisher, 1882), se consolida, o se convierte en absoluto o definitivo (absolute foreclosure) a través de una orden judicial. - La orden judicial que decreta definitivamente el fideicomiso debe obtenerse coincidiendo con el momento fijado para el ejercicio, en su caso, de la facultad de redención del siguiente titular de la misma llamado a ello, e inmediatamente después de que aquél cuyos derechos sobre la finca quedan decomisados deja pasar su oportunidad de pago (Whitbread v. Lyall, 1856).

Los requisitos para la reconsideración del decomiso absoluto son muy estrictos (Cocker v. Bewis, 1665; Ismoord v. Claypool, 1666; Nanfan v. Perkins, 1766; Crompton v. - Earl of Effingham, 1782; Jones v. Creswicke, 1839; Both v. Creswicke, 1841), rigor que no se aminora cuando la solicitud de reconsideración o reapertura de la acción extintoria del derecho equitativo de redención se insta después - de pasado el día fijado para el pago, pero antes de que el Tribunal disponga el decomiso absoluto (Thornhill v. -- Manning, 1851).

El decomiso puede ser objeto de nueva consideración incluso contra un comprador de la finca decomisada, si la compra se formaliza poco después de aprobada judicialmente la extinción absoluta del derecho equitativo de redención y conociendo el comprador la existencia de circunstancias concurrentes en el título del acreedor que podrían poner - en tela de juicio su plena validez frente a terceros; pero esta efectividad frente al comprador es rechazable cuando la compra se efectúa en una fecha considerablemente alejada de la resolución judicial declarando el decomiso absoluto y con desconocimiento, por parte del adquirente, de - los hechos que podrían inducir al Tribunal a revocar su anterior disposición (Campbell v. Holyland, 1877).

Los supuestos en los que el Tribunal concede este beneficio al deudor y a los acreedores posteriores, y los términos en que lo concede, están en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

La expectativa de que el dinero estará disponible, apoyada en un acuerdo de voluntades con alguien dispuesto a asumir la condición de cesionario, la ignorancia o el error sobre el estado del procedimiento, o respecto a la fecha fijada para el pago (Collinson v. Jeffery, 1896), las irregularidades acaecidas en la tramitación del procedimiento, la enfermedad o una accidental imposibilidad para viajar de la persona obligada al pago, una situación de insolvencia que pueda configurarse como transitoria, son circunstancias de hecho que han sido admitidas como justificación suficiente para la concesión de un plazo complementario, aún después de dictarse el fallo definitivo ordenando el decomiso, en suma, reabriéndolo o sometiéndolo a reconsideración. E incluso el hecho de que la propiedad decomisada tenga un valor especial para el deudor puede tomarse en consideración (Joachim v. -- M'Donall, 1798; Ford v. Wastell, 1847).

Asímismo, cuando el acreedor (Garlick v. Jackson, 1841; Buchanan v. Greenway, 1849; Patch v. Ward, 1867; Press v. -- Coke, 1871; Allen v. Edwards, 1873) o el administrador nombrado en autos (Jenner-Fust v. Needham, 1866; Peat v. Nicholson, 1886) perciben rentas procedentes del inmueble en el período comprendido entre la fecha de la certificación judicial liquidando, es decir, fijando la deuda y la establecida como tope para regularizar el préstamo y redimir la carga, es necesario proceder a la reapertura del proceso comisorio, practicándose nueva liquidación y fijándose otra fecha para limitar en el tiempo el ejercicio de la facultad de redimir la carga, -- que asiste al deudor y a los acreedores posteriores, a menos

que el supuesto de hecho al que nos referimos hubiere sido contemplado y resuelto en el fallo declaratorio del decomiso (Barber v. Jeckells, 1893; Simmons v. Blandy, 1897). No se considera que el deudor tenga derecho a la reapertura del procedimiento si las rentas procedentes del predio se reciben entre la fecha tope de redención y la de consolidación del decomiso o decomiso absoluto (Press v. Coke, 1871; Webster v. Patterson, 1884; National Permanent Building Society v. Raper, 1892), como tampoco se ha considerado que el deudor tenga derecho a exigir la reapertura porque el administrador nombrado en autos haya incurrido en error en sus cuentas (Ingham v. Sutherland, 1890) sin perjuicio de las correspondientes compensaciones económicas que, en ambos casos, pueda exigir el deudor.

Además, si después de decretada la extinción del derecho equitativo de redención, el acreedor estimando que la pertenencia apropiada es insuficiente para satisfacer su crédito, ejercita acción personal contra el deudor, automáticamente se abre de nuevo el procedimiento comisorio, recuperando el deudor la facultad de amortizar el préstamo y cancelar la hipoteca (Dashwood v. Blyhtway, 1729; Peny v. Barker, 1803; Lockhart v. Hardy, 1846), recuperación que hemos de calificar de plena puesto que tal facultad reingresa en el patrimonio del deudor aun cuando hubiera cedido su derecho equitativo de redención (Kinnaird v. Trollope, 1888).

Partimos del supuesto de que el acreedor, cuando ejercita la acción personal que por razón del préstamo tiene con

tra el deudor, conserva todavía en su patrimonio la finca decomisada y que, en caso de cancelación de la deuda, está en condiciones de devolverla o transmitirla de nuevo al -- deudor, puesto que de no ser factible esto, por haber transmitido la pertenencia plena a un tercero, su facultad de - ejercer acción personal contra el deudor se extingue automáticamente (Lockhart v. Hardy, 1846; Palmer v. Hendrie, - 1859; Walker v. Jones, 1866; Kinnaird v. Trollope, 1888; - Ellis & Co's Trustee v. Dixon - Johnson, 1924).

Después del decomiso es evidente que el acreedor hipotecario puede vender la pertenencia decomisada; el comprador adquiere en firme por lo que, aun cuando proceda la reapertura del procedimiento comisorio, el deudor no puede ser compensado con la devolución en especie de la finca perdida, pero sí con el precio que el acreedor obtuvo con la venta -- (Watson v. Marston, 1853; Johnson v. Mounsey, 1879; Stevens v. Theatres, Ltd., 1969).

Finalmente, también constituye causa de reapertura del procedimiento comisorio el que el fallo se obtenga mediante pruebas falsas (false evidences) (Loyd v. Mansell, 1722) o - sirviéndose de maquinaciones fraudulentas u otro tipo de confabulaciones (Harvey v. Tebbutt, 1820), puesto que todo fallo obtenido en semejantes circunstancias ha de ser anulado (Gore v. Stacpoole, 1812).

Los Tribunales se muestran, generalmente, poco inclinados a reconsiderar el decomiso por ellos acordado si durante

un considerable período de tiempo los perjudicados lo aceptan, sin formular oposición alguna contra sus efectos y, es pecialmente, si sobre los predios decomisados se construyen edificios, o son objeto de vinculación, es decir, cuando la situación jurídica se distancia ampliamente de la resultante inmediatamente después de que la extinción del derecho - equitativo de redención se decretase. El mismo criterio denegatorio se aplica cuando el deudor y, en su caso, los - - acreedores posteriores consienten el decomiso desde un principio. Asimismo, ha sido rechazada la reconsideración del - decomiso después de seis años desde la fecha en que se decretó (Tooke v. Bishop of Ely, 1705; Lant v. Crisp, 1719; - Fleetwood v. Jansen, 1742; Thornhill v. Manning, 1851; Jones v. Kendrick, 1727).

Desde que las hipotecas inmobiliarias de la pertenencia plena absoluta en posesión se constituyen a través de un arrendamiento real (v. 3.1.1. del presente capítulo), la simple extinción del derecho equitativo de redención, en virtud del decreto judicial disponiendo el decomiso absoluto, no podía, como ocurría anteriormente, entrañar cesión automática de la pertenencia hipotecada al acreedor ejecutante. Por consiguiente, a fin de no perjudicar a éste, se estimó necesario atribuir al decomiso, en virtud de disposición legal, el efecto de conferir al acreedor, automáticamente, la titularidad de la pertenencia plena hipotecada, con la consiguiente confusión de derechos en el arrendatario-acreedor hipotecario.

Una situación similar se planteaba en los supuestos en

que el acreedor hipotecario adquiría la titularidad de la pertenencia plena hipotecada, en virtud del mecanismo previsto en la Ley de Prescripción Extintiva (Limitation Act) de 1939 o del texto legal precedente regulador de la misma materia (v. 7.3. del capítulo que nos ocupa), libre del derecho equitativo de redención. En este caso, la solución ha consistido en habilitar al acreedor para hacer uso de una facultad, legalmente prevista, para transformar su pertenencia menos plena en pertenencia plena ("enlargement"; v. --- 1.6.6. de la parte III, del capítulo II), o en el caso de una afección en pago con fuerza de hipoteca legal ("legal charge"; v. 3.1.2. del presente capítulo), autorizándole para formular una declaración de investidura, por sí mismo y para sí mismo, de la pertenencia plena (to make a declaration vesting the fee simple in himself). Las soluciones legales pertinentemente arbitradas, de las que acabamos de dar cuenta, lo han sido en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925.

En el caso de una subhipoteca constituida sobre la hipoteca de una pertenencia plena, se llega al mismo resultado práctico disponiendo la extinción del arrendamiento subhipotecario y la transformación simultánea del arrendamiento hipotecario o arrendamiento principal en pertenencia plena, facultando así al subacreedor hipotecario para adquirir la titularidad de la pertenencia plena mediante decomiso, transformación, o declaración de investidura.

Una disposición paralela, asimismo contenida en la Ley

del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, regula los efectos del decomiso cuando el objeto no es la pertenencia plena inmobiliaria, sino la menos plena o arrendamiento real (effect of foreclosure of leasehold mortgages). En su virtud, el decomiso a favor del acreedor hipotecario lleva aparejada, como efecto automático y por imperativo legal, la atribución o investidura a su favor de la titularidad de la pertenencia menos plena o arrendamiento real objeto de su derecho de garantía, con la consiguiente confusión de derechos en el subarrendatario-acreedor hipotecario.

También se aplica una solución análoga cuando el acreedor hipotecario-subarrendatario adquiere la titularidad de la pertenencia menos plena o arrendamiento real hipotecado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Prescripción Extintiva (Limitation Act) de 1939. El acreedor "transforma" -- (enlarge) su subarrendamiento en arrendamiento real o si se trata de una afección en pago con fuerza de hipoteca legal, mediante la formulación de una declaración unilateral de investidura del arrendamiento real.

Asímismo, hay analogía en la solución con la expuesta unos párrafos más arriba respecto a la subhipoteca, cuando ésta lo es de un arrendamiento real en lugar de una pertenencia plena.

En lo concerniente al decomiso de las fincas inscritas al amparo de la Ley de Registro Inmobiliario (Land Registration Act) de 1925, este texto legal dispone lo necesario para que

se lleve a efecto la inscripción dominical a favor del acreedor que triunfa en el ejercicio de la acción comisoria.

La orden judicial disponiendo el decomiso de una hipoteca equitativa contiene, en cuanto instrumento necesario para su efectividad práctica, una orden al deudor para que -- transmita solemnemente al acreedor la pertenencia legal, plena o menos plena, correspondiente (conveyance of the legal estate). Si hay dificultades jurídicas para el cumplimiento de esta orden previa y requisito indispensable para la efectividad plena del decomiso, el deudor queda constituido en fiduciario (trustee) del derecho del acreedor a obtener la plena titularidad de la pertenencia hipotecada, relación jurídica a la que es de aplicación lo dispuesto en la Ley del Fiduciario (Trustee Act) de 1925 (Lechmere v. Clamp, 1861; Re Cuming, 1869; Re Crowe's Mortgage, 1871; Re D. Jones & Co's Mortgage, 1888; Jones v. Davies, 1940).

Cuando la acción de decomiso prospera y se llega a la orden judicial de decomiso absoluto (foreclosure absolute), -- no se precisa, por lo general, añadir como orden o disposición complementaria, la de entregar, al acreedor triunfante en su acción, las escrituras solemnes de titularidad (the deeds) de la pertenencia decomisada, ya que el acreedor generalmente -- las tiene en su poder, bien porque se las entregó el deudor -- al constituirse la hipoteca o porque las ha recibido de un -- acreedor anterior, a quien satisfizo su crédito. Pero cuando no todas las escrituras solemnes de titularidad de la pertenencia hipotecada están en posesión del acreedor triunfante --

en el ejercicio de la acción comisoria, la orden judicial, además de disponer el decomiso, manda que todas las escrituras sean entregadas al acreedor ejecutante (Holmes v. Turner, 1843).

7.4.4. La acción personal derivada del contrato (action on the personal covenant).

Partiendo de la clasificación de los derechos o facultades del acreedor, expuesta en la introducción de este epígrafe, nos corresponde ahora entrar en el estudio de las que integran el apartado segundo de los tres en que agrupamos --aquéllas. Se incluyen en él las acciones o medidas con las que, persiguiéndose asimismo la efectividad del crédito, no se llega a desencadenar el radical efecto de la realización de la garantía (remedies which do not involve realization of the mortgaged property). Son éstas, la acción personal derivada del contrato (action on the personal covenant), a cuyo estudio consagraremos el presente subapartado, nombramiento de un administrador (appointment of a receiver) y toma de posesión del predio por el acreedor (entry into possession).

La existencia de cualquier hipoteca va necesariamente ligada a la de un préstamo u obligación pecuniaria cuyo cobro viene a garantizar con sus enérgicos efectos reales. En virtud del préstamo, el prestatario está personalmente obligado, según los términos de lo convenido, al pago de la deuda contraída. Ello es así, incluso aunque no haya pacto expreso que obligue a la devolución del capital del préstamo. En to-

do caso -y esto es lo que ahora nos interesa subrayar- se trata de una obligación que, por sí misma, es de carácter puramente personal (Meynell v. Howard, 1696; King v. King, 1735; Sutton v. Sutton, 1882). El capital prestado y sus intereses son dos deudas distintas y como tales pueden ser reclamadas separadamente (Dickenson v. Harrison, 1817).

Supuesto el incumplimiento del pacto expreso de pago de la deuda en fecha determinada, el acreedor hipotecario, y quienes traigan causa de él en virtud de título "inter vivos" o "mortis causa", pueden, sin perjuicio de la garantía adicional que la hipoteca representa, ejercitar acción contra quien resulte personalmente obligado, sea aquél el deudor principal o un fiador (Evans v. Jones, 1839), salvo que la especialidad del pacto excluya la existencia de -- obligación personal de pago por parte del prestatario, o -- más bien de la persona que contrató en posición de tal, como ocurre cuando recibe dinero en préstamo un fiduciario - (Mathew v. Blackmore, 1857; Re Robinson's Settlement, 1912). La acción personal derivada del contrato sólo es medio idóneo para reclamar la devolución del capital y el pago de -- los intereses, así como cualquier otra suma que el deudor, en virtud del pacto expreso, se haya comprometido a pagar, quedando al margen de este cauce reivindicativo el resarcimiento de los gastos efectuados por el acreedor (por ejemplo, en el inmueble) que no hubiesen sido tenidos en cuenta al formalizarse el contrato.

La existencia del pacto en el que basar la acción peru

sonal puede ser tácita o implícita, a través, por ejemplo, de una referencia a la deuda contenida en una escritura solemne, cuyo objeto principal sea otro, y en la que además - se manifieste la intención de pagar.

La obligación personal derivada del contrato no sigue, en su transmisión, al derecho equitativo de redención y, por consiguiente, el acreedor no puede interponer acción personal alguna contra el cesionario de este derecho, ni por principal ni por intereses, subsistiendo la responsabilidad del deudor primitivo, a pesar de la cesión, en términos de obligación contractual (Hall v. Heward, 1866; Foster v. Wodvett, 1963). Ahora bien, el cesionario, en caso de que tal responsabilidad se haga efectiva, está obligado a indemnizar al -- deudor, que no obstante haber cedido su derecho equitativo - de redención sobre la pertenencia hipotecada y habiéndosele descontado o retenido del precio de la cesión o venta el importe de la obligación hipotecaria, se ve en el trance de tener que hacer frente a la obligación que garantizó con hipoteca de la misma, y de cuyos derechos se desprendió a través de dicha cesión (Waring v. Ward, 1802). Usualmente, la cesión se hace con expresa reserva del derecho del cedente a ser indemnizado en el supuesto que contemplamos. El derecho del deu--dor cedente a ser indemnizado es personalísimo y, por lo tanto, no puede, a su vez, ser objeto de cesión (Rendall v. -- Morphew, 1914). El cesionario puede asumir la obligación personal celebrando un nuevo contrato con el acreedor (Shore v. Shore, 1847), pero la asunción directa de la responsabilidad personal no puede estimarse implícitamente existente por el -

simple hecho del pago de los intereses (Re Errington, 1894).

La cesión del derecho equitativo de redención tiene como efecto principal el de privar al deudor cedente de la facultad de cancelar la deuda y redimir la carga, pero si, no obstante haberlo cedido, se ejerce contra él la acción personal derivada del contrato, automáticamente recupera su facultad de redimir la carga. Efectivamente, tal demanda le lleva a asumir forzosamente la condición de fiador del cesionario y por ello puede redimir aunque el cesionario hubiese -- constituido nuevas cargas a favor del acreedor (Kinnaird v. Trollope, 1888).

La determinación del momento en que nace la acción personal que faculta al acreedor para dirigirse contra el deudor, ha de hacerse en función de los términos del contrato. Si en él se fija una fecha para el pago, la acción nace dicho día si, contrariamente a lo previsto, se produce el impago -- (Bolton v. Buckenham, 1891). Caso de que lo pactado sea el -- pago en o después de fecha determinada, el acreedor no puede demandar sin previo requerimiento de pago al deudor (Re -- Tenkesbury Gas Co., 1911). Asimismo, si el contrato en cuya virtud se constituya el préstamo establece, de forma explícita o implícita, la necesidad de requerir de pago previamente y por escrito, el cumplimiento de este requisito no puede soslayarse puesto que su omisión impediría el nacimiento de la acción personal. El requerimiento de pago ha de ofrecer al -- deudor un margen de tiempo razonablemente holgado para satisfacer su deuda (Brighty v. Norton, 1862; Massey v. Sladden,

1868) y puede adoptar cualquier forma material que resulte suficiente para que al domicilio del deudor llegue la noticia de que el acreedor ha expresado su voluntad de ser re-sarcido de su crédito (Worthington & Co., Ltd. v. Abbott, 1910).

El acreedor puede perder la facultad de demandar personalmente al deudor si no está en condiciones de devolverle la pertenencia hipotecada, cuya titularidad hubiere ingresado en su patrimonio. Un acreedor hipotecario tiene, -- asimismo, bloqueada la facultad de ejercitar la acción personal derivada del contrato si, como consecuencia de su propia conducta, no puede devolver al deudor las escrituras solemnes de titularidad de la pertenencia hipotecada (Walker v. Jones, 1866; Schoole v. Sall, 1803). De igual modo, el - acreedor que decomisa y, a renglón seguido, vende la pertencia tiene impedido el ejercicio de la acción personal derivada del contrato (Lockhart v. Hardy, 1846; Palmer v. -- Hendrie, 1859). Pero si la actuación del acreedor consiste en vender directamente la pertenencia -sin que ésta, en virtud de decomiso, hubiese pasado previamente por su patrimonio- ejercitando así su facultad de venta (v. 7.4.1. precedente) (Rudge v. Richens, 1873; Re Mc Henry, Mc Dermot v. - Boyd, Barker's Claim, 1894), o la venta se efectúa cumpliendo orden del Tribunal (v. 7.4.2. anterior) (Gordon Grant & Co. v. Boss, 1926), puede demandar al deudor, en virtud del título contractual, por la parte del crédito y pagos anejos que queden pendientes de cobrar. Finalmente, tal como hemos dejado dicho en el apartado precedente, el ejercicio de la

acción personal derivada del contrato constituye motivo para la reapertura del procedimiento comisorio (Peny v. Barker, 1806).

7.4.5. Nombramiento de un administrador.
 (the appointment of a receiver)

Para su estudio, el presente subapartado hemos de compartimentarlo partiendo de la distinción básica entre administrador nombrado por el acreedor y administrador de nombramiento judicial.

El nombramiento del administrador efectuado por el --
acreedor hipotecario (the appointment of a receiver by the - mortgagee) resulta siempre ventajoso para éste. Efectivamente, el administrador nombrado por el acreedor está de forma muy directa a su servicio, pero es un agente o representante del deudor, mientras que el designado judicialmente es un - oficial del propio Tribunal, al que representa, y tiene la misión de defender todos los intereses existentes sobre la pertenencia hipotecada. Consiguientemente, en ningún caso, - el acreedor es responsable de actuación dolosa del nombrado por él, como ocurriría si hubiese optado por la alternativa de tomar posesión directamente del predio.

El contrato de préstamo hipotecario contiene, a veces, la designación de un administrador, o de un administrador y gerente al mismo tiempo, de la finca o explotación hipotecada, con la misión de garantizar al acreedor el cobro de los inte-

reses del préstamo en forma de rentas o frutos producidos por la finca. En otras ocasiones, los contratantes, absteiniéndose de efectuar nombramientos concretos, se limitan a conceder al acreedor la potestad (power) de efectuarlos en el momento oportuno.

Siguiendo la línea evolutiva acostumbrada, típica no sólo del Derecho inglés sino de cualquier Ordenamiento jurídico, lo que en principio era simple norma de origen exclusivamente contractual ha pasado a ser una facultad que la ley reconoce, en todo caso, al acreedor. Así, la en tantas ocasiones citada Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925 dispone, en su artículo (section) 101, que el acreedor, cuando la hipoteca se constituye en virtud de escritura solemne y se le adeudan cantidades por razón de la hipoteca tiene, salvo pacto en contrario, la potestad o facultad de designar un administrador de la finca hipotecada o de parte de ella, facultad que es ejercitable aun después de que el acreedor haya obtenido la posesión del predio (Refuge Assurance Co., Ltd. v. Pearlberg, 1938). Tratándose de una afección hipotecaria inscrita (registered charge), la facultad de designación de un administrador no es ejercitable hasta que aquélla queda efectivamente inscrita en el Registro (Lever Finance Co., Ltd. v. Needleman's Property Trusteem 1956).

Las previsiones legales, tal como ya hemos apuntado, pueden excluirse, modificarse o ampliarse en virtud de pacto expreso reflejado en la escritura solemne de hipoteca.

Concretando el ámbito y modalidades de aplicación de la facultad que legalmente asiste al acreedor para designar administrador, la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 precisa que aquél no puede proceder a dicho nombramiento hasta que llegue el momento en que, en virtud de lo pactado, y de las normas generales aplicables al caso, pueda ejercitar la facultad estatutaria de venta (power of sale). Asimismo, y según ya está dicho, la disposición legal confiere al administrador, salvo pacto en contrario, la condición de agente o representante del deudor.

El administrador está legalmente facultado para exigir y cobrar todas las rentas y productos para cuya percepción fue designado, mediante acción judicial, ejecución privada (distress) o de otro modo, en la misma medida en que podría hacerlo el deudor y pudiendo dar recibo de lo percibido.

No es inamovible en su función. Puede el acreedor, como es lógico, removerle, sustituyéndole por otro, lo que deberá llevar a efecto por escrito. Tampoco el cargo es gratuito puesto que el administrador tiene derecho a percibir - el cinco por ciento del producto bruto obtenido; asimismo, - tiene derecho a deducir de lo percibido el importe de los -- gastos que realice con motivo de sus actividades como tal administrador.

Entre sus obligaciones de carácter peculiar figura la de asegurar la finca contra los daños que pueda sufrir y, -

particularmente, contra el fuego, siempre que el acreedor - se lo ordene expresamente y por escrito, en ambos supuestos.

La obligación que constituye el núcleo de su función es la de aplicar el dinero recibido en concepto de frutos y rentas con arreglo al siguiente orden que marca la ley: impuestos y gastos de todo tipo a los que esté sujeta la finca; cargas, hipotecarias o no, preferentes a aquélla en cuya defensa fue nombrado administrador; cobranza de su comisión y pago de las primas de los seguros contratados y los gastos de reparación del inmueble que le hubiere ordenado - por escrito el acreedor y, finalmente, los intereses y capital del préstamo hipotecario, en la medida en que ello sea posible y así se lo hubiere ordenado por escrito el acreedor. El remanente, si lo hubiere, ha de entregarlo a la persona que habría recibido los frutos y rentas de la finca en el caso de que él no hubiera sido designado administrador.

Entre las facultades no atribuídas a un administrador designado en aplicación de las previsiones legales que acabamos de resumir, figura la de constituir arrendamientos reales, a menos que el acreedor haya delegado expresamente en él sus facultades al efecto. Por su parte, el administrador designado en virtud de estipulación expresa tiene, exclusivamente, las facultades que específicamente se le confieran en el acto del nombramiento y, en ausencia de especial referencia a su remuneración, tiene derecho a ella "quantum meruit" (Re Vimoos, Ltd., 1900). El administrador designado para el desempeño de función específica y concreta está, asimismo, -

facultado para llevar a cabo lo que sea necesario a tal fin (M. Wheeler & Co., Ltd. v. Warren, 1928).

El principio, antes expresado, en cuya virtud el administrador es considerado agente del deudor y no del acreedor, requiere determinadas precisiones en cuanto a sus implicaciones prácticas. Conviene insistir en que tal condición la ostenta el administrador, salvo pacto en contrario, tanto si su nombramiento se hace en virtud de cláusula expresa recogida en el contrato de préstamo hipotecario (Lord Kensington v. Bouverie, 1855; Jefferys v. Dickson, 1866; - Law v. Glenn, 1867; Re Joyce, 1875), como si se produce en aplicación de la normativa legal precedentemente expuesta.

Efectuado el nombramiento de un administrador para - que, en nombre del acreedor, perciba los frutos y rentas - de la finca hipotecada y siendo, más tarde, autorizado de nuevo el deudor por el acreedor para percibirlos él directamente, los derechos del acreedor no quedan perjudicados por esta autorización posterior, excepto en la medida en - que pueda dañar a los acreedores posteriores de cuya existencia el acreedor anterior tuviere noticia (Jugeewundas-Keeka Shah v. Ramdas Brijbookun-das, 1841). El nombramiento del administrador no enerva la facultad del acreedor para demandar por razón de la obligación personal de pago - (Lynde v. Waithman, 1895).

Un administrador designado de conformidad con las previsiones legales no puede ni debe ser interferido por el --

deudor en el ejercicio de su función; cualquier intento de interferencia puede ser refrenado y sancionado (Bayly v. - Went, 1884).

El administrador que inicialmente es designado por - el acreedor y, posteriormente, lo es por el Tribunal, cesa en su condición de representante del deudor (Hand v. Blow, 1901; Lever Finance Co., Ltd. v. Needleman's Property -- Trustee, supra).

El fallecimiento del deudor no entraña extinción de la facultad de designar administrador (Lilley v. Foad, 1899) ni tampoco revocación del mandato del que estuviere en el - desempeño de sus funciones.

La designación de administrador judicial (the -- appointment of a receiver by the court), facultad atribuída a los Tribunales en la Ley del Tribunal Supremo de Justicia (the Supreme Court of Judicature-Consolidation-Act) de 1925, ha quedado, en cuanto a su ejercicio, muy relegada a un segundo plano, como consecuencia de la facultad, asimismo legal, que asiste al acreedor de ser él quien designe al administrador.

En determinadas circunstancias, que examinaremos más adelante, y a petición de alguna o algunas de las partes - interesadas en la pertenencia hipotecada, pero no de extraños o terceros ajenos a ella (A.- G. v. Day, 1817), el Tribunal competente puede nombrar un administrador de la fin-

ca hipotecada cuya misión, en síntesis, no difiere grandemente de la del designado por el acreedor: llevar la dirección de la finca (de su explotación), cuidándose de la percepción de sus rentas y frutos, liquidando los gastos que sean consecuencia de la explotación del inmueble o que recaigan sobre él y aplicando el superavit del conjunto de estas operaciones económicas -he aquí la distinción fundamental con el administrador "privado"- de acuerdo con las directrices fijadas por el Tribunal, al que deberá rendir cuentas, en todo caso, de su gestión.

El nombramiento de un administrador judicial, que en suma es un acto discrecional del juzgador, decisión que ha de adoptar en función de las circunstancias del caso (Owen v. Homan, 1851; Greville v. Fleming, 1845), tiene como finalidad principal la protección de la pertenencia, sin que -- afecte ni prejuzgue definitivamente los derechos de las partes sobre ella.

El administrador judicial está obligado a constituir fianza, consistente en su propia garantía y la de dos o más fiadores, para asegurar el buen fin de su gestión, obligación de la que el Tribunal nominante no suele dispensar ni aun con el consentimiento de las partes interesadas (Manners v. Furze, 1847; Tylee v. Tylee, 1853; Bainbrigge v. Blair, 1841); hasta tal punto es riguroso el cumplimiento de esta obligación que el administrador no puede tomar posesión de su cargo si antes no ha constituido la fianza (Edwards v. Edwards, 1876).

Con anterioridad a 1873, los Tribunales no podían designar un administrador en beneficio, principalmente, de un acreedor hipotecario legal, ya que la facultad de éste a la percepción de los productos de la finca hipotecada sólo podía ejercitarse a través de la toma de posesión del inmueble. La Ley de Judicatura (the Judicature Act) de 1873, sustituida en la actualidad por la de igual nombre de 1925, faculta a los Tribunales para nombrar un administrador cuando tal medida, a su criterio, pueda estimarse justa o conveniente, sin otras limitaciones. El Tribunal puede llevar a cabo el nombramiento a pesar de que el acreedor esté asimismo facultado, por disposición legal o en virtud de pacto expreso, para efectuarlo; cuando hay una acción pendiente entre acreedor y deudor, la designación judicial parece preferible (Tillett v. Nixon, 1883). El nombramiento es posible, incluso, cuando el acreedor tenga la posesión de la finca y también cuando haya un excedente en la renta, en relación con lo que, por razón de intereses de su derecho crediticio, deba percibir de ella (Mason v. Westoby, 1886). Pero los Tribunales, como regla general, no amparan a un acreedor en posesión de la finca, nombrando un administrador, como medio para que aquél aluda las responsabilidades derivadas de su condición de poseedor (Re Prytherch, 1889). Naturalmente, todas estas consideraciones son igualmente válidas para los segundos y posteriores acreedores en las hipotecas legales y para los titulares de las afecciones en pago con fuerza de hipoteca legal (legal charges) y de las afecciones hipotecarias inscritas (registered charges).

La designación de un administrador judicial en favor del acreedor, en una hipoteca equitativa, es, en general, viable (Berney v. Sewell, 1820). El nombramiento se puede hacer con la finalidad de salvaguardar el derecho, aun cuando el acreedor solicitante, en el momento de instar el nombramiento, no está facultado para ejercitar los restantes medios o acciones de carácter hipotecario, como ocurre si ha convenido no demandar el pago de la hipoteca durante un plazo adicional (Burrowes v. Molloy, 1845).

La designación judicial de administrador en una hipoteca equitativa estaba, antaño, condicionada al principio general de su subordinación a los derechos de un acreedor legal preferente, es decir, que en ningún caso podría hacerse en su perjuicio (Davis v. Duke of Marlborough, 1819; Greville v. Fleming, 1845). El mismo principio parece aplicable, con carácter general, en la actualidad, a toda clase de hipotecas, legales o equitativas, por lo que el nombramiento de administrador judicial ha de entenderse efectuado, en cualquier caso, sin menoscabo de los derechos de los eventuales acreedores hipotecarios anteriores. Por consiguiente, caso de que un acreedor preferente no esté en posesión del predio, la designación se entiende hecha sin perjuicio de su facultad a pedirla (Cadogan v. Lyric Theatre, Ltd., 1894). El acreedor prioritario puede tomar posesión sin autorización judicial, aunque en la práctica no se suele prescindir de este requisito (Preston v. Tunbridge Wells Opera House, Ltd. - 1903). En cualquier evento, si la orden de nombramiento del administrador judicial no hace expresa reserva de los dere-

chos del acreedor hipotecario preferente, éste debe obtener siempre autorización previa del Tribunal, antes de hacerse con la posesión del inmueble (Re Henry Pound, Son, and -- Hutchins, Ltd. 1889).

Pero si un acreedor preferente está ya en posesión - de la finca, no se puede nombrar administrador judicial has ta que aquél quede completamente resarcido de su crédito - (Berney v. Sewell, 1820). A fin de conservar su posesión, el acreedor preferente ha de prestar juramento de que hay a su favor cantidades pendientes de pago (Quarrell v. Beckford, 1807; Berney v. Sewell, supra), hecho lo cual únicamente se le puede remover de su posesión pagándole el montante en el que hubiere cifrado su crédito (Rowe v. Wood, 1822). Pero - si niega su colaboración, eludiendo cifrar su crédito o el cobro de lo que se le ofrezca, el Tribunal puede nombrar ad ministrador.

La designación de un director (manager), y no de un -- simple administrador, resulta procedente cuando la hipoteca comprende un inmueble que sirve de soporte físico a una empresa, de cualquier tipo, en funcionamiento, cuyas instalaciones resulten asimismo hipotecadas (Whitley v. Challis, -- 1892).

El nombramiento del administrador judicial puede hacer se a petición del acreedor, si el deudor incumple alguna de sus obligaciones (Stevens v. Lord, 1838; Re Carshalton Park Estates, Ltd., 1908) o la garantía está en peligro (Higginson

v. German Athenaeum, Ltd., 1916) o abandonada. En todo caso, no se puede solicitar el nombramiento de un administrador judicial si no hay una acción pendiente ante el Tribunal (Re Mountfort, 1809; Taylor v. Emerson, 1843; Gasson and Hallaghan, Ltd. v. Jell, 1940) e, incluso, cabe solicitarlo después de que se dicte el fallo (Smith v. Cowell, 1880; Anglo-Italian Bank v. Davies, 1878); en casos de urgencia, puede pedirse directamente y sin que sea precisa ninguna acción complementaria (Thomas v. Davies, 1847; Wright v. Vernon, 1855). Tal ocurre cuando un tercero esté en posesión de la finca, corriéndose el riesgo de consumación de la prescripción extintiva a su favor (Thomas v. Davies, 1847; Hiles v. Moore, 1852). De todos modos, el nombramiento no puede llevarse a efecto después de dictada la orden judicial de decomiso absoluto, aun cuando el deudor continúe en posesión, estando pendiente el otorgamiento de la correspondiente escritura de transmisión al acreedor, si la misma es necesaria (Wills v. Luff, 1888; Pedwell v. Wright, 1972).

En cuanto a la autoridad de la que resulta investido el administrador, es regla general que está obligado a evitar actuaciones que originen pérdidas, compromisos o gastos con cargo a la finca, sin contar con la previa autorización del Tribunal (A.-G.v. Vigor, 1805). Por consiguiente, y en base a su sola autoridad, no puede celebrar precontratos cuyo objeto sea el inmueble. Si no respeta esta prohibición, pierde el carácter de representante de las partes interesadas, no obligándolas, siendo personalmente responsable de su

actuación (Burt v. Bull, 1895; Re Ernest Hawkins & Co., Ltd., 1915). En general, ha de observar estrictamente los términos de su nombramiento, por lo que habrá de consultar los casos dudosos, particularmente referentes a los gastos que hayan de realizarse, recabando la correspondiente autorización judicial, a fin de evitar su personal responsabilidad (Re Wood Green and Hornsey Steam Laundry, Ltd., 1918; Re Graham, 1918).

Al ser el administrador judicial un oficial del propio Tribunal, designado en representación de todas las partes interesadas en la pertenencia, la persona a cuya instancia se lleva a efecto el nombramiento no es responsable de las deudas que el administrador contraiga indebidamente (Goslig v. Gaskell, 1897).

En situaciones de emergencia, el Tribunal, aun cuando no todas las partes interesadas hubieren comparecido ante él, puede autorizar la realización de gastos de excepción con miras a conservar la integridad del valor económico de la pertenencia hipotecada, incluso mediante la constitución de una nueva hipoteca sobre la misma (Greenwood v. Algeciras (Gibraltar) Rail. Co., 1894; Securities and Properties Corp'n, Ltd., v. Brighton Alhambra, Ltd., 1893).

Tampoco el administrador puede, "ex mero motu", ejercitar acción posesoria sobre la finca (Wynne v. Lord - - Newborough, 1890), ni tampoco defenderse en acciones de esta índole, sin la aprobación del Tribunal. Si el resultado de las acciones autorizadas es desfavorable, no queda perso

nalmente obligado a satisfacer las costas por razón de las mismas (Swaby v. Dickson, 1833). Pero si la acción por él ejercitada prospera, sin haber recabado previamente la autorización precisa para su interposición, tiene derecho a que se le resarzan todos los gastos realizados como si hubiera solicitado el correspondiente permiso (Bristowe v. Needham, 1847).

No le está permitido arrendar sin expresa autorización judicial (Wynne v. Lord Newborough, 1790) y si ejerce función gestora, ha de hacerlo siguiendo las directrices - marcadas por el Tribunal que le designó.

En principio, el administrador está facultado para cobrar todas las rentas pendientes de pago en la fecha de su designación (Codrington v. Johnstone, 1838) y la persona -- que reconozca deber alguna cantidad por razón del predio no puede poner en duda la facultad del administrador para percibirla (Wood v. Hitchings, 1840).

Si el administrador tiene conocimiento de que el demandado se interfiere en la percepción de las rentas, ha de solicitar el embargo de las mismas a su favor. Las interferencias del deudor y dueño de la finca en la percepción de sus rentas no exonera al administrador de la plena responsabilidad por razón de ellas, pero puede limitarla acreditando el hecho y la magnitud de la interferencia o que obstaculizó, en lo posible, las improcedentes pretensiones del dueño (Hamilton v. Lighton, 1810).

Caso de que el administrador designado en una acción comisoría, a solicitud del demandante, no reciba instrucciones especiales sobre la aplicación que haya de dar al dinero que perciba, ha de entregarlo a quién promovió su nombramiento. Pero si otros acreedores piden el secuestro de tales rentas y obtienen resolución judicial reconociendo su condición de acreedores prioritarios, tienen derecho a percibir los frutos y rentas secuestrados, aplicándolos al pago de su crédito, después de pagar las costas del secuestro o embargo y los de la solicitud de nombramiento del administrador (Walker v. Bell, 1816; Re Hora, 1892; Preston v. -- Tunbridge Wells Opera House, Ltd., 1903).

Parece criterio suficientemente seguro que un administrador puede, por si mismo, proceder a la ejecución privada (distrain; distress) para percibir las rentas devengadas dentro del año en curso, pero si las deudas corresponden a un período superior al indicado, necesita autorización judicial para su cobranza (Brandon v. Brandon, 1821).

Excepto en caso de necesidad, el administrador debe abstenerse de iniciar procedimientos con motivo del ejercicio de su cargo. Si resulta preciso instar alguna medida -- del Tribunal, el administrador ha de acudir a la parte que resulte interesada en ella, que es la facultada para suscitar la intervención judicial tendente a resolver la dificultad planteada (Windschuegl v. Irish Polishes, Ltd., 1914). Caso de que dicha gestión previa resulte infructuosa, bien porque la parte interesada no inste del Tribunal la medida

apropiada o porque las que se adopten no constituyan solución idónea a juicio del administrador, éste puede instar directamente las que estime necesarias. De todos modos, la subsidiariedad de la comparecencia directa del administrador ante el Tribunal no es regla fija puesto que se han dado casos en que se ha admitido, sin objeción alguna, su comparecencia directa (Mills v. Fry, 1815; Wickens v. Townshend, 1830; Shaw v. Rhodes, 1826).

El administrador, después de su nombramiento y de haber constituido la fianza pertinente, o inmediatamente en virtud de las circunstancias del caso, se le autoriza a actuar sin demora, tiene facultad para tomar posesión y percibir las rentas y productos de la pertenencia a la que se refiere su nombramiento, con sujeción siempre a los derechos del titular de una carga anterior que esté en posesión actual del inmueble. Si quien ostente la posesión se niega a cedérsela, el Tribunal puede, si lo estima procedente, dar al administrador la posesión judicial de la finca cuya tutela se le confía (Davis v. Duke of Marlborough, 1819; Wyman v. Knight, 1888).

El administrador posee en nombre del Tribunal, por lo que, en definitiva, la posesión de aquél no es sino la posesión de éste (Russell v. East Anglian Rail Co., 1850). En consecuencia, nadie puede interferir la gestión posesoria del administrador (Ames v. Trustees of Birkenhead Docks, 1855) sin contar con el Tribunal de cuyo poder decisorio no es sino un mero agente ejecutivo. Pero si la designación del

administrador se hace dejando a salvo los derechos del títular de una carga preferente, éste puede ejercitarlos sin -- que sea precisa autorización expresa del Tribunal que reconoció con carácter general su posición preferente (Underhay v. Read, 1887; Engel v. South Metropolitan Brewing and -- Bottling Co., 1891). La protección concedida a la posesión del administrador es tan enérgica que el demandante de cualquier derecho sobre la finca, tanto si conoce como si desconoce la existencia de aquél, y por muy claro que resulte su título, no puede, sin la previa autorización del Tribunal, ejercitar procedimiento alguno que perturbe o limite las facultades posesorias del administrador (Evelyn v. Lewis, -- 1844), y si lo hubiese hecho, ha de suspender las actuaciones y, previa autorización judicial, reemprenderlas "ex novo" (Lees v. Waring, 1825; Potts v. Warwick and Birmingham Canal Navigation Co., 1853).

7.4.6. Facultad posesoria del acreedor hipotecario (the mortgagee's right to possession)

Iniciamos el estudio de un tema complejo y heterogéneo, en el que confluyen una pluralidad de situaciones jurídicas -- surgidas de la variedad de títulos que, en relación con la -- finca, puede el acreedor reunir en sus manos y de los distintos momentos en que se producen sus relaciones posesorias con el inmueble.

7.4.6.1. Facultad posesoria del acreedor nacida del contrato hipotecario.

Constituida la hipoteca, el deudor recibe, generalmente, autorización para conservar la posesión del inmueble, a veces de forma explícita y otras por mera tolerancia del acreedor. Esta situación posesoria suele prolongarse hasta que, sobrevenido el incumplimiento de la obligación de pago que atañe al deudor, el acreedor considera inevitable poner en marcha los mecanismos necesarios para lograr la efectividad de sus derechos. En ambos supuestos (deudor-poseedor en virtud de pacto expreso con el acreedor o por tolerancia de éste, es decir, mediante acuerdo de voluntades, tácito o implícito) la situación del deudor ocupante se rige con arreglo a un especial estatuto jurídico del que nos ocuparemos enseguida. Por ello, cuanto se expone en este apartado sobre la facultad posesoria que el acreedor hipotecario ostenta, pero que ejercita no a raíz de la constitución de la hipoteca, sino después, ha de entenderse en conexión con el estatuto jurídico del deudor ocupante cuyo estudio acabamos de anunciar.

Fuera de este caso de toma de posesión no inicial, debido al indicado incumplimiento de obligaciones por parte del deudor, puede el acreedor hipotecario, en la hipoteca legal, tomar posesión del predio inmediatamente después de la constitución de la hipoteca, ejercitando una de las facultades que son inherentes a la pertenencia legal arrendaticia en que consiste la garantía hipotecaria (Doc. d. Roylance v. Light-

foot, 1841; Four-Maids, Ltd. v. Dudley Marshall (Properties), Ltd., 1957).

Los segundos y posteriores acreedores hipotecarios es tán, asimismo, facultados para tomar posesión de la finca, con subordinación a igual derecho del acreedor hipotecario anterior. De la misma facultad goza el fiador de una obligación hipotecaria que satisface la deuda y se subroga en los derechos del acreedor hipotecario (Spector v. Applefield Properties, Ltd., 1968). Por su parte, la constitución de una subhipoteca no priva al acreedor hipotecario que subhipoteca de la facultad de tomar posesión del inmueble (Owen v. Cornell, 1967). Lo dicho respecto a la hipoteca legal es, asimismo, aplicable a las afecciones en pago con fuerza de tales (legal charge) y a las afecciones hipotecarias inscri tas (registered charges), tal como expresamente lo reconocen la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, la Ley del Registro Inmobiliario de igual fecha y la jurisprudencia en conexión con esta última (Cityland and Property (Holdings), Ltd. v. Dabrah, 1968). De conformidad con lo expuesto, el deudor pue de conservar la posesión de la finca mientras el acreedor se lo permita, sin que, en ningún caso, por razón de esta simple tolerancia, esté obligado a satisfacer renta alguna (Heath v. Pugh, 1881; Yorkshire Banking Co. v. Mullan, 1887).

El acreedor hipotecario de carácter equitativo, al que la hipoteca no le confiere la titularidad de pertenencia alguna, carece, generalmente, de facultad posesoria sobre la finca, a menos que el contrato contenga previsión al efecto

(Ocean Accident and Guarantee Corpn. v. Ilford Gas Co., - 1905), lo disponga un Tribunal competente (Barclays Bank Ltd., v. Bird, 1954) o lo permita expresamente el deudor - (Re Postle, 1834). La trascendencia práctica de la diversa naturaleza de la hipoteca equitativa en lo referente al tema posesorio es, no obstante prácticamente irrelevante pues to que la posesión no inicial, en cualquier caso, rara vez pasa a manos del acreedor sin una orden judicial expresa, - dado que el deudor se resiste a ello. Por consiguiente, como el acreedor hipotecario equitativo puede acceder a la - posesión en virtud de resolución judicial, que es la vía - normal y generalizada para el ejercicio de dicha facultad por toda clase de acreedores, el trato menos favorable inherente a su peculiar condición, en la mayoría de los casos es, más aparente que real.

En el supuesto, más común, de toma de posesión a solici tud del acreedor porque el deudor incumpla sus obligaciones contractuales, ha de concederse a éste un plazo razonable para que rectifique su conducta antes de que el derecho se haga efectivo (Toms v. Wilson, 1863).

Cuando el deudor ostenta la posesión del inmueble o es un arrendatario suyo el que posee, en virtud de un contrato que no vincule al acreedor, éste puede ejercitar su derecho tomando posesión física del inmueble, si ello puede hacerse pacíficamente y no se trata de una hipoteca equitativa, o ejercitando una acción posesoria, en caso contrario.

Si un arrendatario del deudor, cuyo título sea vinculante para el acreedor, está en posesión del inmueble, el derecho se ejercita mediante notificación al arrendatario para que en lo sucesivo satisfaga la renta al acreedor -- (Horlock v. Smith, 1842; Davies v. Law Mutual Building --- Society, 1971).

Supuesto que un administrador judicial esté en posesión de la finca, y los derechos de los acreedores preferentes no hubieren sido expresamente reservados en el acto del nombramiento de aquél, el acreedor preferente que desee -- ejercitar su facultad posesoria ha de solicitarlo en el procedimiento judicial en virtud del cual se produjo el nombramiento, a fin de que el administrador sea relevado de su -- cargo (Thomas v. Brigstocke, 1827; Searle v. Choat, 1884), o bien demandar, directamente, la posesión del inmueble (Doe d. Roby v. Maisey, 1828). Pero si los derechos de los acreedores preferentes quedaron expresamente reservados, como es lo normal, en la resolución judicial de nombramiento, el -- acreedor puede hacer uso de su derecho posesorio dirigiéndose contra el administrador y requiriendo a un eventual arrendatario para que, sin más trámite, en lo sucesivo, le pague directamente la renta (Underhay v. Read, 1887).

La posesión ha de tomarse pacíficamente. Si el acreedor entra violentamente en la finca está sujeto a responsabilidad criminal (R. v. Brittain, 1972; Department of the Environment v. James, 1972), pero el deudor no tiene acción civil contra el abuso que la violencia del acreedor entraña

(Beddall v. Maitland, 1881; Hemmings v. Stoke Poges Golf - Club, 1920). Se entiende que hay violencia en la ocupación no sólo cuando aquélla va dirigida contra las personas, si no también cuando la propia manera de entrar en la finca - presupone su existencia en las cosas, como ocurre cuando se fuerzan puertas o ventanas. Por lo tanto, salvo en los casos en que el deudor dé su consentimiento para que el acreedor ocupe el inmueble, la toma de posesión no inicial y directa del inmueble es sumamente infrecuente. En realidad, - fuera de dicho supuesto, sólo es posible en el caso de que el deudor hubiere abandonado el inmueble.

Cuando el acreedor, de una forma o de otra, entra en posesión de la finca, asume las responsabilidades de un -- acreedor-poseedor, en cuyo estudio entraremos al final de este apartado. Asimismo, la intención del acreedor de asumir la condición de poseedor es suficientemente clara cuando requiere expresamente al arrendatario del deudor para -- que, en lo sucesivo, le pague la renta (Noyes v. Pollock, - 1886; Kirby v. Cowderoy, 1912; Davies v. Law Mutual Building Society, 1971). No hay efecto equivalente -y por ello - el acreedor no asume las responsabilidades de poseedor- cuando el requerimiento de pago de las rentas resulta infructuoso (Ward v. Carttor, 1865). Asimismo, el simple hecho de ser el acreedor quien perciba las rentas no va aparejado a la - responsabilidad que corresponde al acreedor-poseedor puesto que ello no implica necesariamente que éste haya tomado de manos del deudor la función (derechos y obligaciones) inherentes a la administración y dirección de la finca - - -

(Mexborough U.D.C. v. Harrison, 1964).

Una vez que el acreedor asume efectivamente la condición de poseedor, no puede, fácilmente, renunciar a ella; - los derechos y obligaciones que le son propios continúan gravitando sobre su esfera patrimonial aun después de haber cedido su derecho de hipoteca, excepto si con dicha transmisión cumple una orden judicial (Hall v. Heward, 1886). El -- Tribunal, salvo si concurren circunstancias muy especiales, no suele acudir a su auxilio, nombrando un administrador judicial (Refuge Assurance Co., Ltd. v. Pearlberg, 1938).

Estas arduas condiciones no constituyen un estímulo - muy poderoso para que el acreedor haga uso de su facultad posesoria. Tal como hemos visto en el apartado precedente, hay razones de mucho peso para preferir el nombramiento de un administrador. Ahora bien, un acreedor que ejercite la - facultad legal de venta lógicamente desea vender la finca - libre de toda posesión extraña, lo que constituye estímulo suficiente para tomar posesión antes de vender.

La competencia para conocer de la acción posesoria - ejercitable por el acreedor está regulada en la Ley de Administración de Justicia (Administration of Justice Act) de - 1970, distribuyéndola, según la importancia económica de la finca, entre los Tribunales de Condado (County Court) y el Alto Tribunal Central (Departamento de la Cancillería) - - (Chancery Division of the High Court), si bien inclinando - la balanza -en cuanto al número de casos- a favor de aqué-

llos, es decir, con criterio claramente descentralizador.

Sin entrar en el análisis de la normativa propiamente procesal, que se sale del marco y del propósito de nuestro estudio, hemos de señalar, no obstante, por lo que tiene de sustantiva valoración de los eventuales derechos de quienes puedan verse perjudicados por las aspiraciones posesorias - del acreedor hipotecario, que las únicas personas que han - de ser citadas, como demandadas en el procedimiento, además del deudor, son quiénes tengan facultad de continuar ocupando el inmueble, independiente de la relación hipotecaria de la que emane la acción posesoria del acreedor (*Brighton and Shoreham Building Society v. Hollingdale*, 1965), cualquiera que sea el título en virtud del cual basen su ocupación. -- Cuando se omite la citación de una persona a la que debió - darse la oportunidad de comparecer, la orden posesoria con la que se falle el pleito no puede perjudicar sus eventuales derechos (*Hastings and Thanet Building Society v. -- Goddard*, 1970). El fallo judicial reconociendo al acreedor el legítimo ejercicio de su facultad posesoria, concede al ocupante, por lo general, un plazo de 28 días para dejar libre la finca (*Barclays Bank, Ltd. v. Bird*, 1954; *Four-Maids, Ltd. v. Dudley Marshall (Properties), Ltd.*, 1957; *London -- Permanent Benefit Building Society v. De Baer*, 1969).

Cuando el acreedor toma posesión del predio, directamente o previo fallo del Tribunal competente, pueden suscitarse problemas respecto a los derechos y deberes del deudor, o de quien ostentare la posesión con anterioridad, sobre --

bienes objeto de propiedad personal o propiedad mobiliaria ("chattels personal"; v. 2. capítulo I) existentes en la finca. Si el acreedor toma posesión sobre la base de una sentencia judicial, ésta conlleva posesión inmobiliaria vacante (Norwich Union Insurance Society v. Preston, 1957). Por consiguiente, si muebles y otros efectos permanecen en el inmueble, el acreedor puede obtener una orden judicial expresa para su retirada, orden que, en caso de desobediencia, puede dar origen a sanciones de índole personal contra quien incumpla lo dispuesto por la autoridad judicial. Alternativamente, si se obtiene además una orden de pago - en base a la acción personal derivada del contrato (v. -- 7.4.4. precedente) y aquélla se incumple, su ejecución puede obtenerse sobre los bienes muebles del deudor existentes en el inmueble y ello tanto si se toma posesión como si tal facultad no se ejercita.

Asímismo, el acreedor que toma posesión directamente, supuesto infrecuente por las razones antes expuestas, tiene el mismo derecho a que el deudor le ceda la posesión de la finca desocupada de todo bien mueble y, por lo tanto, está facultado para pedir judicialmente que su dueño los retire.

La situación jurídica de los muebles que permanecen - en la finca cuando toma posesión el acreedor, se hace bastante más complicada cuando el dueño no puede ser hallado o, habiendo fallecido, no hay administradores-ejecutores de la herencia. Hay varias salidas para superar el inicial punto - muerto que representa esta situación. Puesto que la presen-

cia de los bienes muebles ajenos constituye transgresión - (trespass) del derecho de libre y plena posesión del acreedor, éste puede, lisa y llanamente, ponerlos en la calle, - es decir, abandonarlos, lo que constituye una solución tan radical como poco práctica. Más razonable es el almacenaje de los muebles en un guardamuebles, pero resulta dudoso si los gastos de traslado y conservación pueden, eficazmente - para el acreedor, incrementar la deuda hipotecaria. Si el - precio que se estime razonable conseguir con la venta de la finca hipotecada permite cubrir el importe adicional representado por dichos gastos, y no hay cargas posteriores que aminoren el importe que se espera obtener, la solución apuntada es viable y, en función de las circunstancias, puede - ser exigida al acreedor puesto que con ella no se lesionan los derechos de parte alguna. En caso contrario, si se teme que con el producto de la venta no habrá remanente con el - que cubrir los indicados gastos, el acreedor tiene justificación suficiente para vender los bienes muebles que obstaculizan su pleno derecho posesorio, depositando el precio de la venta a disposición de quien acredite tener mejor derecho a percibirlo. Finalmente, el acreedor que toma posesión de un predio hipotecado no tiene obligación de cuidar o vigilar los muebles abandonados por el anterior poseedor o que estén pendientes de ser retirados por él (Jones v. Foley, 1891).

7.4.6.2. Acreedor hipotecario en posesión de la finca
(mortgagee in possession)

El estatuto jurídico del acreedor hipotecario que os-

tenta la posesión de la finca será expuesto haciendo consideración separada de sus derechos y obligaciones y de los efectos de la prescripción extintiva a su favor.

Entre las facultades del acreedor hipotecario que sea poseedor del predio descuella, como más importante, la de percibir sus productos (rentas y frutos), lo que es consecuencia de la titularidad de la pertenencia equitativa o legal que la hipoteca le transmite (Cockburn v. Edwards, 1881).

Si al constituirse la hipoteca el predio es objeto de una relación arrendaticia en vigor, o ésta se constituye después y obliga al acreedor, por resultar comprendida en alguno de los supuestos en que esto es posible, el acreedor puede tomar posesión de su derecho, requiriendo al arrendatario para que le satisfaga la renta directamente. Asimismo, está facultado para exigir el pago de todas las rentas vencidas y no satisfechas en el momento de su toma de posesión (Moss v. Gallimore, 1779; Rogers v. Humphreys, 1835), pudiendo también reclamar los incrementos de aquélla aun cuando fueren pactados por el deudor y el arrendatario después de constituir la hipoteca (Burrowes v. Gradin, 1843). Si las rentas se hubieren satisfecho anticipadamente al deudor, el acreedor que adquiere la posesión de la finca puede reclamarlas de nuevo (Reeves v. Pope, 1914), a menos que el pago se hubiere efectuado antes de constituirse el derecho real de garantía, pues esta especial situación contractual pudo haber sido investigada por el acreedor antes de contratar el préstamo que motiva sus derechos (De Nicholls v. Saunders, 1870).

En los supuestos en que la finca hipotecada incluya - un negocio o actividad industrial o mercantil, el acreedor que entre en posesión del predio está facultado para continuar en el ejercicio de dicha actividad, con vistas a una - eventual venta o disposición del conjunto constituido por - el negocio y el inmueble que le sirve de soporte físico -- (Cook v. Thomas, 1876; County of Gloucester Bank v. Rudry - Merthyr Colliery Co., 1895). Lo normal es que, en estos casos, la hipoteca contenga previsiones especiales.

Los productos han de aplicarse a satisfacer los gastos de explotación y los intereses del préstamo. Los excedentes pueden destinarse a aminorar el capital del préstamo, pero el acreedor no está obligado a aceptar estos pagos parciales (Nelson v. Booth, 1858; Wrigley v. Gill, 1905) y si lo prefiere puede entregar lo sobrante al deudor, en espera de que el capital del préstamo le sea desembolsado en el -- tiempo y forma pactados.

Entre las obligaciones que para el acreedor supone su condición de poseedor, destaca la de rendir cuentas al deudor (to account) de la explotación de la finca. El acreedor que toma posesión del inmueble y dedica los frutos a la -- amortización del préstamo, ha de ser diligente en la recuperación de su crédito puesto que sobre él pesa la obligación de devolver el inmueble a su dueño (Lord Kensington v. --- Bouverie, 1855; Langton v. Waite, 1869). La rendición de -- cuentas ha de comprender, como es lógico, todos los frutos y rentas que obtenga de la finca; si el acreedor continúa -

en su posesión más del tiempo preciso, ha de satisfacer renta por razón del exceso posesorio en que incurra (Marriott v. Anchor Reversionary Co., 1861). Su responsabilidad en -- cuanto a la rendición de cuentas se extiende a cuantas personas estén interesadas en el derecho equitativo de redención (equity of redemption). Por ello, cuando se lo notifica o tiene conocimiento de la existencia de una hipoteca -- posterior, queda responsabilizado de la rendición de cuentas también respecto a su titular (Parker v. Calorraft, 1821).

El acreedor no puede, en modo alguno, mediante acto o contrato determinado, eludir su obligación de rendir cuentas (Hinde v. Blake, 1841; Re Pryterch, 1889) y responde -- por ellas después de la transmisión o cesión de la hipoteca, a menos que esta operación se haga con intervención de los Tribunales o con la concurrencia del deudor (Hall v. Heward, 1886).

En cuanto al montante de las rentas de las que deba -- rendir cuentas, viene determinado por las que efectivamente perciba, pero si su posesión es inmediata y directa se ha -- dicho que habría de responder de las rentas mayores que fue -- ra posible obtener del predio (Lord Trimleston v. Hamill, -- 1810; Metcalf v. Champion, 1828). Este principio abstracto -- queda limitado por las circunstancias del caso: difícilmen -- te se podrá exigir al acreedor-poseedor que rinda cuentas -- por cifra superior a la efectivamente recibida, a menos que se demuestre que, por negligencia grave, mala administra -- ción o fraude, hubiere dejado de percibir mayores cantidades

(Hughes v. Williams, 1806; Wragg v. Denham, 1836; Harripleman v. Collins, 1854); esto puede ser evidenciado por la remoción de un arrendatario o la negativa a contratar con otro que, respectivamente, pagara u ofreciere pagar una renta satisfactoria (Noyes v. Pollock, 1886; White v. City of London Brewery Co., 1889), o por una utilización impropia de la finca objeto de la garantía real.

El acreedor-poseedor no es responsable de los deterioros (waste), en general, que se produzcan en el inmueble, pero ha de abstenerse de causarlos más allá de lo que sea estrictamente necesario para el buen fin de su derecho de garantía. Así, no puede abrir y explotar minas si no es preciso para resarcirse de su crédito y pagos complementarios, ya que si lo hace responderá de los beneficios de su explotación sin poder deducir los gastos de la misma, pero puede talar árboles maderables e incluso explotar las minas existentes, si ello es preciso para el recobro de su crédito.

En lo concerniente a la conservación de la propiedad hipotecada, se ha de tener presente que al acreedor hipotecario en posesión de la finca no se le exige el mismo cuidado e interés que normalmente pone en ello el dueño o titular de la pertenencia plena. No tiene obligación de reconstruir los edificios ruinosos (Moore v. Painter, 1842) ni tampoco es responsable del deterioro producido por el paso del tiempo. De otra parte, tiene derecho a resarcirse de las reparaciones necesarias y apropiadas (Sandon v. Hooper, 1843), pudiendo llevar a cabo aquéllas que sea posible atender económi

micamente con el importe de los productos de la finca, deducción hecha del interés de su crédito (Richards v. Morgan, 1753; Tipton Green Colliery Co. v. Tipton Moat Colliery Co., 1877). De todos estos gastos, el acreedor tiene derecho a ser resarcido por el deudor, en aplicación del principio de que siendo el derecho de este último a redimir la carga de naturaleza equitativa ha de satisfacer todo lo que en términos de Equidad sea debido.

El acreedor hipotecario, poseedor de la finca, responde de los daños que ésta experimente por su negligencia grave (Russel v. Smithies, 1792), lo que ocurre, por ejemplo, si unas minas hipotecadas quedan anegadas o inundadas por defectuosa o impropia explotación (Taylor v. Mostyn, 1886). En tales supuestos ha de abonar el importe del perjuicio y sus intereses o ha de satisfacer o contabilizar como renta un importe equivalente al que se hubiera obtenido de no haber mediado la conducta gravemente negligente del acreedor (Wragg v. Denham, 1836; Sandon v. Hooper, 1843; Batchelor v. Middleton, 1848).

En circunstancias oportunas el acreedor puede realizar mejoras en el predio, las cuales, en todo caso, han de ser razonables, consideración hecha de la naturaleza y valor de la garantía. De su intención, así como de toda necesidad de efectuar gastos extraordinarios, ha de informar al deudor con la mayor rapidez posible. Si lo hace, y éste último da su consentimiento expresa o tácitamente, el acreedor no necesita, para tener derecho a ser resarcido de su -

importe, acreditar que el gasto pretendido y efectuado era razonable. En caso contrario, el deudor no tiene obligación de compensarle por el mero hecho de tener conocimiento de los hechos, pero sí en el caso de que la mejora sea razonable y beneficiosa.

El acreedor que ostente la posesión tiene derecho a ser resarcido de todos los gastos que efectúe para preservar la integridad física y jurídica de la finca. Carece, sin embargo, de facultad de pedir el resarcimiento de los gastos que la cobranza de las rentas le origine, ya que al tomar posesión adquiere el estatuto de un cuasi-dueño y la actividad perceptora forma parte de dicho estatuto como algo propio y peculiar, no ejercido por delegación.

La posesión del inmueble por el acreedor hipotecario puede producir prescripción extintiva de los derechos del deudor en favor del acreedor. Así, cuando éste ha permanecido en posesión del inmueble hipotecado en calidad de tal acreedor, y no en otro carácter, por plazo de doce años, no habiendo reconocido durante ese tiempo el derecho del deudor, se extingue el título de éste y el de cualquier otra persona que traiga causa de él (Limitation Act 1939; Land Registration Act, 1925 and Young v. Clarey, 1948), entre los que se encuentran los acreedores posteriores. Los efectos de la prescripción extintiva a su favor se documentan mediante una transformación de la pertenencia o una declaración de investidura (v. 7.4.3. precedente, "in fine").

7.4.6.3. Deudor ocupante (mortgagor in occupation)

La relación existente entre acreedor y deudor, cuando éste permanece en posesión de la finca, ha sido objeto de múltiples debates, no a causa de los problemas prácticos -- efectivamente surgidos en las relaciones entre ambos sujetos jurídicos, sino por consideraciones más bien de índole teórico -lo que constituye un supuesto insólito en el contexto del Derecho inglés, cuyo carácter eminentemente práctico asoma en todas sus manifestaciones- basadas en la dificultad de ajustar dichas relaciones a un patrón jurídico determinado. La ambigüedad implícita en esta peculiar relación arrendaticia ha sido reconocida por la jurisprudencia, que ha puesto de relieve los riesgos que entraña todo intento de definición de los exactos términos jurídicos en los que se articula la relación jurídica entre un acreedor hipotecario, que en definitiva es un arrendatario, y un arrendador que, después de constituir a aquel arrendatario -aunque lo sea con fines de garantía real-, continúa ocupando, poseyendo, en suma, la finca (Doe d. Higginbotham v. Barton, 1840). Estas contradicciones llevan a los jueces a declararse perplejos, indecisos, ante todo intento serio de encasillar dicha relación jurídica (Doe d. Jones v. Williams, 1836) y, en definitiva, a contentarse con denominar a sus sujetos, también en el supuesto al que ahora atendemos, simplemente acreedor y deudor hipotecario, es decir, acudiendo a la relación genérica que les une -la crediticia- y desistiendo de asimilaciones más bien forzadas con otros sujetos jurídicos contractuales (Birch v. Wright, 1786). En defini-

tiva, la considerable ficción jurídica en cuya virtud la hipoteca, en cuanto derecho real de garantía, adopta el ropaje jurídico de un arrendamiento real, no podía por menos de mostrarse indócil a un tratamiento lógico en todos sus aspectos, y su rebeldía asoma en este punto de forma absolutamente irreductible. Los juristas ingleses, en actitud perfectamente coherente con su formación jurídica, le dan la espalda al problema teórico -eso sí, después de haber levantado acta de su existencia- y siguen su camino en busca de los aspectos prácticos de la relación entre el acreedor- arrendatario y el deudor-ocupante.

Para un adecuado enfoque teórico-práctico podría bastar con decir que el deudor ocupante o poseedor del inmueble hipotecado por mera tolerancia del acreedor no es, como algunas veces se ha pretendido, el titular de un arrendamiento de duración indeterminada ("tenancy at will"; v. 1.4. parte III, capítulo III). A diferencia del arrendatario cuyo derecho es de duración indeterminada, no está facultado, al extinguirse su ocupación del inmueble, para recoger los frutos en fase de producción y pendientes de ser retirados (Re Gordon, 1889), pudiendo ser desalojado sin requerimiento o demanda previa (Birch v. Wright, 1786; Doe d. Roby v. Maisey, 1828). Tampoco es el administrador del acreedor hipotecario puesto que no tiene obligación de rendirle cuentas de la explotación de la finca. Finalmente, quizá con elevada dosis de acierto, se le ha asimilado al titular de un arrendamiento simplemente tolerado o en precario ("tenancy at - - - - sufferance"; v. 1.4., parte III, capítulo III), ya que en -

definitiva es una persona que inicia su relación ocupacional en virtud del ejercicio de un derecho que claramente le asiste y cuando cesa en ella, se extinguen todos sus vínculos jurídico-locativos con la finca (Thunder d. Weaver v. - Belcher, 1803; Doe d. Roby v. Maisey, 1828; Bagnal v. Villar 1879; Heath v. Pugh, 1881).

De acuerdo con este último criterio, el deudor en posesión puede ser descrito como alguien que habiendo dividido o desarticulado, con fines de garantía, su pertenencia plena o menos plena, mediante la creación de otra pertenencia, de menor contenido que aquélla (v., entre otros, los precedentes subapartados 3.1.1.1. y 3.1.1.2), permanece en posesión de la finca con el consentimiento del adjudicatario del derecho por él creado, ejercitando las facultades normales inherentes a la pertenencia base, incluida la de percibir rentas (Moss v. Gallimore, 1779; Bagnall v. Villar, 1879), pudiendo, por razón del inmueble, ejercitar acciones frente a todos, excepto el acreedor (Sellick v. Smith, 1826) y, así mismo, constituir arrendamientos reales en determinados supuestos.

La constitución de la tenencia o relación arrendaticia real en favor del deudor hipotecario, puede hacerse, según lo ya dicho, en virtud de estipulación expresa contenida en el contrato de préstamo hipotecario, modificativa de la facultad posesoria que, en principio, asiste al acreedor o - en virtud de una cláusula de apoderamiento (attornment clause) en cuanto a la facultad posesoria. Así, la situación arrenda-

ticia nace cuando expresamente se prevé al pactarse la hipoteca que mientras el deudor no incumpla las obligaciones monetarias derivadas del préstamo, tendrá derecho a poseer la finca y a percibir sus productos (Wilkinson v. Hall, 1837). Esto entraña un nuevo arrendamiento del acreedor al deudor, de signo inverso, durante el plazo de la hipoteca. La trascendencia práctica de este pacto difiere sensiblemente de aquél, generalmente tácito, en cuya virtud el acreedor puede entrar en posesión del inmueble después que el deudor incumpla sus obligaciones, lo que no implica que la posesión de éste haya de subsistir necesariamente hasta que se produzca el incumplimiento, sino más bien una condescendencia, revocable en todo momento, del acreedor con el deudor (Doe d. Roylance v. Lightfoot, 1841). En todo caso, la "devolución" de la tenencia arrendaticia hecha por el acreedor en favor del deudor, ha de cimentarse en expresiones claras y rotundas, en modo alguno ambiguas; es un tema que, dada su trascendencia, no admite interpretaciones analógicas o fácilmente generalizadoras.

En los casos en que el deudor queda expresamente constituido en titular arrendaticio dependiente del acreedor, - la clase de relación de este tipo que entre ellos queda constituida depende del léxico del contrato, y, en particular, - de la cláusula "ad hoc", así como de la intención de las partes contratantes. La fijación de una eventual renta anual - no implica necesariamente la creación de un arrendamiento de año en año ("tenancy from year to year"; v. 1.4., parte III, capítulo III). Un pacto o estipulación en cuya virtud el deu

dor asuma la condición de arrendatario mientras ésta sea la voluntad y a satisfacción del acreedor (during the will and pleasure of the mortgagee) en virtud de una renta abonable en fechas fijas de cada año, es, a pesar de la apariencia de anualidad, derivada de esta última circunstancia, un arrendamiento de duración indeterminada (tenancy at will) - (Doe d. Bastow v. Cox, 1847).

En el supuesto más normal en el que la situación locativa expresa del deudor puede ser asimilada a la que es propia de un arrendamiento de duración indeterminada, carece de la facultad de extinguir su relación arrendaticia con el acreedor mediante su cesión a un tercero, sin notificarle (notice) previamente (Pinhorn v. Souster, 1853); de otra parte, el fallecimiento del deudor es causa de extinción de tan singular relación arrendaticia, careciendo su sucesor "mortis causa" de toda posibilidad de asumir la condición de arrendatario del acreedor que ostentaba el deudor extinto (Scobie v. Collins, 1895).

Una relación locativa expresa nace también cuando el deudor, estando en posesión inmediata de la finca al constituirse la hipoteca, manifiesta expresamente que asume la condición de arrendatario del acreedor (attornment clause). La cláusula correspondiente se incluye, por lo general, en la propia escritura solemne de constitución de hipoteca y da vida a una relación arrendaticia en cierto modo atípica. Ello es así si tenemos en cuenta que esta peculiar relación arrendaticia es propia de las hipotecas de apartamentos y,

en general, de las viviendas unifamiliares (a single private dwellinghouse), de las que el deudor ya está en posesión y a la cual se acude como soporte crediticio con el propósito -más bien necesidad- de permanecer en dicha posesión; a pesar de su peculiar objeto (vivienda humana) y de las leyes que regulan y protegen las relaciones arrendaticias a ella referidas (v. 1.7.1. y 1.7.2., parte III, capítulo III), -- cuando su locación tiene tan peculiar origen, queda fuera del manto protector de dichas normas. El tipo de arrendamiento creado en cada caso depende de los términos en que quede redactada la correspondiente cláusula de la escritura: de duración indeterminada, de duración anual o de duración idéntica a la de la hipoteca de la que trae causa.

El desalojo (the ejectment) es factible a pesar de la peculiar relación arrendaticia que, en sus diversas formas, puede establecerse entre el acreedor y el deudor, si aquél hace expresa reserva de sus facultades que al respecto le están atribuídas en cuanto acreedor hipotecario (Doe d. Garrod v. Olley, 1840; Doe d. Snell v. Tom, 1843). Pero si el acreedor ha pactado la renuncia a su facultad posesoria salvo para el caso de que el deudor incumpla sus obligaciones en cuanto prestatario, y, a pesar de que no se produzca tal incumplimiento, aspira a tomar posesión del inmueble, es posible que el Tribunal rechace dar cauce libre a sus aspiraciones; pero si a pesar de todo, los jueces estiman que la pretensión del acreedor es jurídicamente viable, el deudor estaría facultado para pedir la indemnización de daños causada por el incumplimiento del pacto arrendaticio

(Doe d. Parsley v. Day, 1842).

7.4.6.4. Arrendamiento existente al constituirse la hipoteca (tenancy before the mortgage)

Un arrendamiento creado por el deudor antes de que se constituya la hipoteca, es vinculante para el acreedor hipotecario (Moss v. Gallimore, 1779). De conformidad con el derogado sistema de hipotecas constituídas mediante transmisión de la pertenencia plena, el derecho futuro remanente (reversion) a recuperar la integridad de la pertenencia pasaba, al constituirse la hipoteca, de manos del deudor-arrendador a las del acreedor y con él la facultad de percibir las rentas que en el futuro se devengaran, así como las demás facultades inherentes a la pertenencia transmitida por razón de la hipoteca (Rogers v. Humphreys, 1834; Trent v. Hunt, 1853). Excepción a este criterio general era el pago de los atrasos debidos por razón de rentas, a menos que se pactase su sumisión a la regla general (Salmon v. Dean, -- 1851).

La situación jurídica que ahora se produce, puede asimilarse, en lo sustancial, con la que imperaba antes del -- cambio legislativo en cuya virtud la hipoteca ha pasado a constituirse mediante la contratación de un arrendamiento real con fines de garantía. La hipoteca incide en la preexistente relación entre arrendador y arrendatario como una locación concurrente (a concurrent lease) que goza de preferencia sobre la anterior por cuanto atrae hacia sí el derecho --

futuro remanente (reversion) a la integridad de la pertenencia y el núcleo de derechos y deberes integrante de la relación arrendador-arrendatario (Neale v. Mackenzie, 1836; -- Harmer v. Bean, 1853).

Prácticamente, la superposición de arrendamientos reales sobre la finca, constituidos en momentos distintos y con finalidades diversas, puede ser irrelevante, puesto que el arrendatario puede seguir pagando, con efectos liberatorios, la renta al arrendador-deudor, aun cuando tenga conocimiento de la existencia de la hipoteca y siempre que se trate de rentas ya devengadas y no de las que estén pendientes de producirse (De Nicholls v. Saunders, 1870; Cook v. Guena, 1872), e incluso éstas siempre que el acreedor no le notifique su voluntad en contrario. Si el acreedor toma posesión de la finca y se lo notifica al arrendatario, éste no puede oponer contra aquél las excepciones contractuales de carácter personal que tuviera contra el deudor-arrendador (Reeves v. Pope, 1914). Naturalmente, las manifestaciones inexactas que haga el deudor-arrendador, en la escritura de constitución de la hipoteca, negando, omitiendo o desfigurando los arrendamientos existentes, no perjudican al arrendatario cuyo derecho esté efectivamente constituido -- (District Bank, Ltd. v. Webb, 1958).

Con anterioridad al momento en que el acreedor, ejercitando su facultad al efecto, tome posesión inmediata de la finca, el deudor está legalmente facultado para defender judicialmente su derecho posesorio y para exigir la repara

ción de los daños ocasionados con las infracciones al mismo, según expresamente lo dispone la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, y ello tanto referido a su derecho posesorio inmediato, cuando la finca no está - arrendada, como a fin de reclamar las rentas que el arrendatario deba satisfacerle. Esta norma legal significa únicamente que, mientras el deudor quede autorizado para mantenerse en posesión del inmueble, puede defenderla, en su proprio interés y en el del acreedor que se lo tolera, y ello - sin necesidad de intervención coadyuvante de este último - (Fairclough v. Marshall, 1878), pero le están vedadas actuaciones que menoscaben el derecho posesorio del acreedor, - que puede ser ejercitado en cualquier momento; en consecuencia, le está vedado, por ejemplo, confiscar (to forfeit) un arrendamiento real (v. 1.6.3., parte III, capítulo III), -- ejercitando la facultad de recuperar la posesión directa como sanción contra el arrendatario que incumpla alguna de -- las obligaciones protegidas de ese modo (Matthews v. Usher, 1900; Molyneux v. Richard, 1906). En éste y en otros casos similares, si el acreedor rehusa ser litis-consorte activo puede serlo pasivo, y si se acoge a esta última alternativa, puede exigir al deudor que redima el préstamo hipotecario (Hyghes v. Cook, 1865).

Si el acreedor hipotecario toma posesión de la finca o notifica al arrendatario preexistente que asume la condición de arrendador, los efectos de su título, en el aspecto posesorio, se retrotraen a la fecha de constitución de la garantía. Puede, por ello, demandar a quien hubiere le-

sionado su derecho sobre la finca antes de tomar posesión (Ocean Accident and Guarantee Corpn. v. Ilford Gas Co., -- 1905) y también tiene facultad para reclamar judicialmente, o mediante ejecución privada, las rentas atrasadas que se hubieren devengado desde la constitución de la hipoteca. El deudor hipotecario, después que el acreedor haya tomado posesión del título de arrendador, pierde la titularidad de todas las acciones que pudiere ejercitar contra el arrendatario, incluso para reclamar las rentas que pudiere adeudarle (Underhay v. Read, 1887), y ello a pesar de que el -- acreedor rehuse demandar por razón de ellas (Salmon v. Dean, 1849). En este caso, su único medio de defensa es reclamárselas al acreedor en el momento de la liquidación de las cantidades adeudadas por razón de la hipoteca.

7.4.6.5. Arrendamiento posterior a la constitución de la hipoteca (tenancy after the mortgage)

Sin autorización del acreedor, el deudor no está facultado para crear arrendamiento real alguno después que la hipoteca quede válidamente constituida. El arrendatario cuyo derecho se configure vulnerando esta prohibición, puede ser desalojado en cualquier momento (Dudley and District -- Benefit Building Society v. Emerson, 1949; Parker v. Braithwaite, 1952; Taylor v. Ellis, 1960; Stroud Building Society v. Delamont, 1957; Baring Brothers & Co., Ltd. v. Hovermarine, Ltd., 1971) sin requerimiento alguno, careciendo el arrendatario de toda acción excepto la puramente personal contra el deudor (Keech v. Hall, 1778; Rogers v. Humphreys, 1835; --

Trent v. Hunt, 1853; United Stan-Bowkett Co-operative Building Society v. Clyne, 1967). Hay, no obstante, algunas excepciones al principio general de la ineficacia de este arrendamiento.

En primer lugar, es posible que el acreedor acepte al arrendatario del deudor como si fuera su propio arrendatario. Antes de que ésto ocurra -si es que llega a producirse- el acreedor no puede ejercitar acción alguna, ni judicial ni extrajudicial (distrain), en reclamación de las rentas debidas por el arrendatario. Pero si el acreedor reconoce al arrendatario del deudor como si fuera propio, adquiere la facultad de reclamar las rentas devengadas, pero pierde la de considerarle después como un infractor de su derecho (Birch v. -- Wright, 1786). Sus actos no constituyen propiamente un reconocimiento del arrendamiento indebidamente constituido por el deudor, sino la creación de una nueva relación arrendaticia (Corbett v. Plowden, 1884). La relación locativa real, - así constituida, suele ser de duración anual o, en todo caso, periódica aunque de periodicidad distinta de la del año --- (Keith v. R. Gancia & Co., Ltd., 1904). _

Además, el arrendamiento real indebidamente contratado por el deudor hipotecario después de constituida la hipoteca, tiene otro importante efecto jurídico. A pesar de su inicial invalidez en relación con el acreedor es, en aplicación de - la teoría de los actos propios, válido frente al deudor - - (estoppel in favour of mortgagor) que se extralimitó al crear la relación arrendaticia. El derecho real del arrendatario,

basado en el acto del deudor, se convierte en un arrendamiento perfecto por el simple consentimiento del acreedor, sin que para ello se requiera ratificación alguna del deudor - constituyente de la relación locativa. En consecuencia, obliga al comprador de los derechos del deudor si en la transacción concurre el acreedor dando su consentimiento purificado del vicio inicial constitutivo (Webb v. Austin, 1844). La obligación de carácter real que vincula al deudor en virtud de sus propios actos, afecta también a sus herederos y a cualquier adquirente de su derecho por acto "inter vivos", no sólo en el supuesto antes indicado, sino siempre que el adquirente demande al arrendatario para el cumplimiento de las obligaciones nacidas del arrendamiento (Cuthbertson v. Irving, 1860). Pero la creación del arrendamiento en virtud de acto propio no se produce cuando en el momento de pactar aquél queda claramente al descubierto que hay una hipoteca que grava la finca.

La facultad legal de constituir arrendamientos --
(statutory power of leasing) sobre fincas hipotecadas, regulada en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, viene a resolver la dificultad producida por el hecho de que, a falta de pacto expreso en el contrato - constitutivo de la hipoteca (Carpenter v. Parker, 1857), - ni el acreedor ni el deudor solos pueden constituir un -- arrendamiento que sea válido y vinculante respecto a ambos.

Llenando este vacío, está legislado que, salvo pacto en contrario, los arrendamientos pueden constituirse con -

arreglo a las siguientes normas:

1. El deudor poseedor del inmueble hipotecado puede constituir arrendamientos válidos frente a todos, del todo o parte de la finca, siempre que sean de los autorizados en la propia Ley del Derecho de Propiedad. La misma norma es de aplicación cuando es el acreedor -- quien posee el inmueble.
2. Los arrendamientos autorizados por la Ley son los de carácter agrícola o de nueva ocupación de la finca - para su disfrute (occupation leases), por plazo no superior a los 21 años, que se amplía al de 50 tratándose de hipotecas constituidas después de la entrada en vigor de la Ley, y los de edificios (building leases) por plazo que no exceda de 99 años o de 999, en caso de hipoteca constituida después de iniciarse la aplicación de la Ley.
3. Todos los arrendamientos reales indicados han de producir efecto en posesión, a favor del arrendatario, antes de que transcurran doce meses desde la fecha - de su contratación.
4. Han de pactarse exigiendo la mejor renta que pueda obtenerse, habida cuenta de las circunstancias del caso, y sin prima a tanto alzado de ningún tipo por el hecho de su constitución. Asimismo, el contrato ha de contener un pacto de expresa exigibilidad de la renta y de recuperación de la posesión del inmueble, en caso de -

impago, en plazo no superior a 30 días, contados a -- partir de la fecha en que deba efectuarse el pago.

Los arrendamientos que no cumplan estos requisitos só lo producen efectos equitativos hasta que los defectos concurrentes en su constitución sean subsanados.

En la práctica, las facultades legales del deudor hipotecario en orden a la constitución de arrendamientos reales, se excluyen o restringen en virtud de la escritura de constitución de la hipoteca (Westbourne Park Building - - Society v. Levermore, 1955). En caso de no exclusión, es -- usual exigir que el consentimiento del acreedor hipotecario sea preciso antes de que la facultad estatutaria de arrendar sea ejercida por el deudor. Recae sobre el arrendatario la carga de la prueba (onus probandi) de que el acreedor, - en el supuesto al que acabamos de referirnos, ha dado su -- consentimiento (Lever Finance, Ltd. v. Needleman's Property Trustee, 1956).

Según ya hemos indicado, el acreedor sólo puede ejercitar las facultades legales para constituir arrendamientos cuando está en posesión del inmueble. Sin embargo, la escri tura de constitución de la hipoteca puede no sólo disponer la exclusión del deudor del ejercicio de dicha facultad, si no la ampliación de la facultad correlativa del acreedor, - de tal modo que éste la pueda ejercitar incluso sin estar - en posesión del predio.

Cuanto llevamos dicho sobre la facultad legal de constituir arrendamientos sobre fincas hipotecadas, es también de aplicación cuando el derecho real de garantía inmobiliaria se constituye en forma de afección en pago con fuerza de hipoteca legal ("legal charge"; v. 3.1.2. del presente capítulo) o de afección hipotecaria inscrita ("registered charges"; v. 3.2.2. precedente).

Un arrendamiento constituido en el ejercicio de la facultad legal que asiste al deudor y al acreedor, a cualquiera de ellos que posea la finca, produce, tal como dejamos dicho al principio, plenos efectos vinculantes no sólo para el que contrate como arrendador sino también para el otro. Este, por consiguiente, no puede obstruir en modo alguno el pleno ejercicio que de sus facultades haga el arrendatario.

En los casos en que el arrendamiento no se constituya en uso de las facultades legales de arrendar que, en función de las circunstancias que ya hemos examinado, corresponden al deudor y al acreedor hipotecario, se requiere, para que la relación locativa quede constituida con plena validez, que concurren en la celebración del contrato, en calidad de arrendadores, tanto el acreedor como el deudor. Si la carga hipotecaria adopta la forma clásica del arrendamiento real, la relación locativa ha de constituir la el acreedor con el refrendo del deudor (Doe d. Barney v. Adams, 1832), pero si se acude a la afección en pago con fuerza de hipoteca legal o se trata de una afección hipotecaria inscri

ta, el arrendamiento ha de constituirlo el deudor y respaldarlo el acreedor.

De acuerdo con lo expresamente dispuesto en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, el deudor o el acreedor que estén en posesión de la finca hipotecada pueden aceptar la renuncia (surrender) (v. 1.6.4., parte III, capítulo III) - de un arrendatario del inmueble como requisito previo para la constitución de un nuevo arrendamiento, mediante el ejercicio de las facultades que en tal sentido les corresponden (Barclays Bank, Ltd. v. Stasek, 1957).

7.4.7. Facultades complementarias del acreedor en las hipotecas legales (further rights of legal - mortgagees).

7.4.7.1 Seguro contra incendios.

Según ya sabemos, (v. 3.4 , precedente), el acreedor hipotecario legal está facultado, en virtud de lo previsto en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, para asegurar la finca hipotecada contra los daños o la destrucción que pueda sobrevenir por causa de incendio, incrementando la cuantía del crédito hipotecario con el importe de las primas del seguro. El capital asegurado no puede exceder al montante previsto a tal fin en la escritura - constitutiva de la hipoteca y, a falta de pacto, no ha de sobrepasar las dos terceras partes de la suma que sería precisa para reconstruir el edificio en el supuesto de su to-

tal destrucción. Constituyen excepción a la presente facultad del acreedor, el pacto en contra contenido en la escritura y la existencia de un seguro contratado por el deudor, de acuerdo con lo pactado o respetando las prescripciones legales. El capital del seguro, una vez recibido, en caso de siniestro, ha de aplicarse, si así lo solicita el acreedor, a cancelar la hipoteca.

7.4.7.2. Posesión de las escrituras de propiedad (possession of the title deeds).

Es un tema que tenemos ya estudiado (v. 3.1.4, precedente) y que aquí nos limitaremos a recordar, a fin de respetar el esquema expositivo que para el estudio de los derechos del acreedor tenemos trazado.

En principio, dada su condición de arrendatario, el acreedor, por analogía con el estatuto jurídico aplicable a aquél, no debería gozar de la facultad de poseer las escrituras solemnes de propiedad del inmueble. Una vez más, la forzada asimilación de conceptos jurídicos no puede ser llevada hasta sus últimas consecuencias prácticas. No son precisas explicaciones muy sofisticadas para percatarse -- del gran peligro que, para el acreedor de una hipoteca no inscrita, supone que el deudor continúe en posesión de los títulos dominicales del predio. Por ello, la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 dispuso que el primer acreedor hipotecario tiene el mismo derecho a la posesión de los títulos de propiedad de la finca que el adquirente de la parte

nencia plena sobre ella.

7.4.7.3. Extensión de la hipoteca a préstamos posteriores (tacking of further advances).

Motivaciones sistemáticas nos inducen a hacer aquí una referencia al tema, posponiendo su desarrollo para - cuando nos ocupemos del estudio de la prelación entre hipotecas.

El acreedor que hace un préstamo complementario al deudor, está autorizado, en determinadas circunstancias, para que la hipoteca se extienda también al préstamo posterior, con preferencia de pago sobre otros créditos hipotecarios constituidos después de la celebración del primer préstamo.

7.4.7.4. Redención simultánea de varias hipotecas.
(consolidation)

En la normativa anterior a la Ley de Contratación Inmobiliaria (Conveyancing Act) de 1881, el acreedor hipotecario podía exigir la redención simultánea de varias hipotecas cuyo deudor fuese una misma persona. La indicada norma fue modificada por la citada Ley de 1881, modificación que recogió también la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925; en su consecuencia, tal facultad del acreedor pierde su valor para las hipotecas que se constituyan a partir de 1926, a menos que se pacte expresamen-

te en los respectivos contratos, subsistiendo para las cargas hipotecarias nacidas antes de 1881.

La redención conjunta de varios créditos que, sobre diversas fincas, ostente un solo acreedor contra el mismo deudor, puede ser exigida por aquél, en determinadas circunstancias, haciendo uso de una facultad basada en el siguiente principio jurídico anglosajón: "quien se acoge al ámbito de la Equidad ha de comportarse equitativamente" - (Who comes to equity must do equity).

Ciertamente, el deudor que pretende la redención de la hipoteca después del plazo de amortización fijado en la escritura (generalmente, seis meses), invoca la Equidad como base para el ejercicio de su derecho puesto que en términos estrictos de Derecho común no podría exigir la liberación de la carga. Si tal deudor lo es por partida doble, en virtud de sendos préstamos hipotecarios, contratados - con un mismo acreedor, éste puede verse perjudicado si -- aquél pretende la redención no simultánea de ambas cargas. Tal resultado, contrario a la ética en que se inspiran las normas de la Equidad, se produciría si el deudor prefiere redimir la hipoteca que grava la finca cuyo valor, por razones económicas, vaya en aumento posponiendo la liberación de la carga hipotecaria existente sobre el otro predio que, por razones de igual naturaleza, vaya depreciándose. Ante tales circunstancias, el acreedor puede exigir que ambas - hipotecas sean consideradas como una sola a los efectos de su redención conjunta.

La aplicación de esta doctrina no queda circunscrita exclusivamente a un supuesto tan elemental como el indicado. También es válida en otros casos. Ello ocurre cuando - las hipotecas que pueden quedar unificadas a efectos redentorios se constituyen a favor de distintos acreedores, -- siendo uno solo el deudor y, más tarde, sobreviene la unificación de sujetos activos por transmisión del crédito, - que puede ser consecuencia de sucesión "mortis causa", -- constitución de fideicomiso, cesión onerosa, etc...

Asímismo, la obligación de redención conjunta no sólo recae sobre el deudor primitivo de un mismo acreedor por razón de dos o más relaciones de préstamo hipotecario existentes entre ellos. Afecta también al subrogado en su situación jurídica de obligado al pago en una de las deudas, siempre que la subrogación sea posterior al momento en que se produjo la doble unidad de sujetos como soporte táctico de la conjunción redentoria. Efectivamente, la regla en que se formula, en toda su amplitud, el derecho que el acreedor -- tiene a imponer la redención conjunta, dice que ésta es facultad suya si en la fecha en que la redención es considerada, todas las hipotecas, creadas por un mismo deudor, tienen el mismo sujeto acreedor, o si, después de que esto hubiese ocurrido, los varios derechos equitativos de redención del deudor se hubieren separado. Evidentemente, una vez que el derecho se hubiere establecido respecto a las varias hipotecas, la transmisión de alguno de los derechos equitativos de redención del deudor no puede ser motivo para extinguirlo en perjuicio del acreedor hipotecario. Por consiguiente

te, en el supuesto de independización de las varias facultades que se acumulaban en manos del deudor, el nuevo deudor que se subroga en parte de las mismas tiene con él la obligación mancomunada de redimir a un tiempo ambas deudas, si así lo exigiere el acreedor. Inversamente, el derecho a exigir la redención conjunta no nace si las dos o más hipotecas de que sea titular un acreedor se constituyen originariamente por diferentes deudores, aunque después las deudas se reunan en un solo titular (Sharp v. Rickards, - 1909).

TESIS DOCTORAL

LA HIPOTECA EN EL DERECHO INMOBILIARIO INGLES

CAPITULO IV

EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES

EPIGRAFES 8 A 10

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

MADRID, 1977

S U M A R I O P A R T I C U L A R

Capítulo IV	<u>Pág.</u>
EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES	
8. PRELACION DE HIPOTECAS (priority of mortgages)	1226
≠ COMENTARIO	1226
TRATADO	1238
8.1. Prelación hipotecaria antes de 1926.	1238
8.2. Prelación hipotecaria después de 1925.	1244
8.2.1. Prelación entre hipotecas legales y equitativas de una pertenencia plena.	1245
8.2.2. Prelación entre hipotecas constituidas sobre derechos reales equitativos.	1253
8.2.3. Prelación entre hipotecas constituidas sobre pertenencias inscritas.	1255
9. EXTINCION DE LA HIPOTECA (discharge of the mortgage).	1257
≠ COMENTARIO	1257
TRATADO	1274
9.1. Redención mediante pago de la deuda (redemption)	1274
9.1.1. Concepto.	1274
9.1.2. Plazo para el ejercicio del derecho.	1275
9.1.3. Titulares del derecho de redención.	1277
9.1.4. La redención de las hipotecas constituidas por las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para Viviendas.	1279
9.1.5. Pago de la deuda.	1280
9.1.6. Formas de cancelación de la hipoteca (discharge of the mortgage).	1283
9.1.7. Redención mediante consignación judicial (discharge under overreaching powers) y órdenes judiciales de adjudicación (vesting orders).	1288
9.1.8. Restitución de las escrituras solemnes de propiedad (delivery of the deeds).	1289

9.1.9. Pérdida del derecho equitativo de redención (loss of the right of redemption).	1291
9.1.10. Acción para el ejercicio del derecho de redención (redemption action).	1293
9.2. Condonación de la deuda o liberación de la garantía (the release of the debt or security).	1295
9.3. Renuncia y modificación (waiver).	1297
9.4. Confusión de derechos (merger).	1298
9.5. Destrucción o pérdida del inmueble.	1302
10. LIQUIDACION DEL CREDITO HIPOTECARIO (accounts).	1303
* COMENTARIO	1303
TRATADO	1318
10.1 Consideraciones generales.	1318
10.1.1. Obligatoriedad y revisabilidad de las liquidaciones.	1318
10.1.2. Liquidación dirigida contra el deudor (accounts against the mortgagor).	1320
10.1.3. Liquidación dirigida contra el acreedor y el cesionario de su derecho (accounts against the mortgagee and his assigns).	1323
10.1.4. Liquidación practicada contra el acreedor-poseedor (accounts against the mortgagee in possession).	1324
10.1.5. Liquidación con aplicación de excedentes (taking accounts with rest).	1326
10.2. Liquidación de intereses (accounts of interest).	1328
10.2.1. Derecho a su percepción (the right to interest).	1329
10.2.2. Capitalización de intereses (capitalisation of interest).	1330
10.2.3. Tipo de interés permitido (the rate of interest allowed).	1331
10.2.4. Interrupción en el devengo de intereses (when interest ceases to run).	1333
10.3. Costas (costs).	1334

8. PRELACION DE HIPOTECAS (PRIORITY OF MORTGAGES).

- o - o - o -

* A un sistema hipotecario de extrema complejidad, como el inglés, le corresponde, en lógica correlación, un régimen de prelación de hipotecas basado en la multiplicidad de supuestos y en el tratamiento casuístico de los mismos. Reiterando ideas expuestas con anterioridad, resulta que, la búsqueda de soluciones justas para cada caso entraña - grave quebranto del primordial valor de la seguridad, que sólo puede alcanzarse en grado satisfactorio a través de - normas claras y uniformes, como las que regulan la determinación del rango de las hipotecas en Derecho español.

Sabido es que el problema de la prelación entre hipotecas se suscita cuando varias se constituyen sobre una - misma finca y, al irse a ejecutar alguna de ellas, resulta que el valor del inmueble es insuficiente para la satisfacción de todos los créditos pendientes. En tal caso, el tema de la prelación con que éstos deben ser pagados adquiere - vital importancia. La posible multiplicidad de hipotecas - sobre una misma garantía es un principio compartido también por el Derecho español. Es tan básico y natural, comenta - ROCA SASTRE (op. cit. IV, 1º, pág. 406), que el legislador se limita a presuponerlo, después de haber abierto la puerta a las segundas hipotecas en base a lo dispuesto en el - art. 107, 3º de la Ley Hipotecaria. Jurídicamente no existe obstáculo o tope alguno acerca del número de hipotecas que puede soportar una cosa, pues aquéllas, en cuanto derecho real que no implica posesión, tenencia o contacto material, pueden coexistir en pluralidad sobre una misma finca inscritas unas después de otras. Si algún obstáculo existe

Las excepciones a la prelación de la hipoteca legal sobre la equitativa de fecha anterior, eran consecuencia de - que el acreedor hipotecario legal tuviera conocimiento efectivo o supuesto de la hipoteca equitativa más antigua. Este conocimiento podía adquirirse no sólo por omitir la investigación del título, por falta de pesquisas documentales o - por no inspeccionar el inmueble, sino también por no exigir la entrega de los títulos al constituirse la hipoteca o - si se perdía su posesión después de obtenerla.

El acreedor hipotecario legal que no exigía la entrega de los títulos, debía sufrir la posposición de su derecho al del acreedor equitativo anterior e incluso al del acreedor posterior que, actuando de buena fé, fuera más diligente en obtener la posesión de las escrituras de la pertenencia hipotecada. De otra parte, si el acreedor hipotecario legal había realizado pesquisas infructuosas, había que estar a las circunstancias de cada caso para resolver sobre el rango - respectivo de su hipoteca y el de otra de carácter equitativo constituida en fecha anterior. El simple hecho de no obtener la posesión de los títulos, si no iba unida a un cierto grato de negligencia, llamémosle complementaria, que la jurisprudencia fué precisando, no era causa automática de - posposición.

También si la pérdida de la posesión de los títulos, - una vez adquirida, iba acompañada de negligencia grave -falta, por ejemplo, de la más elemental cautela en la custodia de los títulos, que volvían a manos del deudor- la hipoteca legal anterior quedaba pospuesta en favor, incluso, de la - posterior.

Cuando el conflicto surgía entre dos o más hipotecas - equitativas, la norma aplicable era la de la pura y simple

es de índole práctica, puesto que no es de esperar que el propietario de una cosa gravada con hipotecas que absorban su valor encuentre quien admita esta misma cosa en garantía hipotecaria. Lo cierto es que, en Derecho inglés, las aguas discurren por el mismo cauce, a pesar de que la hipoteca es un derecho real que implica posesión, porque esta facultad de los segundos y posteriores acreedores hipotecarios está subordinada en su ejercicio a la correlativa del primero de los acreedores.

Cuando el legislador inglés de 1925 hubo de enfrentarse al abigarrado espectáculo de las múltiples modalidades de constitución de hipotecas, unas heredadas del régimen inmobiliario anterior y transformadas por él, y otras de creación netamente suya, se vió obligado a respetar o, al menos, a inspirarse en las normas de prelación hipotecaria anteriores a su reforma. Una vez más, advertimos como la labor de creación del Derecho inglés se hace sin fisuras históricas, con un escrupuloso respeto a la tradición jurídica. Por ello, hemos de ajustar nuestro método expositivo a este planteamiento legislativo en que el presente asume y transforma al pasado. Comenzaremos por exponer la configuración de éste en sus líneas generales.

El principio general de la normativa imperante antes de 1926 era el de que el acreedor que ostentase la titularidad de la pertenencia plena -a él transmitida, como sabemos, en cuanto sistema de constitución de la hipoteca legal- gozaba de rango preferente respecto a todas las demás hipotecas, es decir, las equitativas, constituidas con posterioridad a la suya, e incluso las de fecha anterior cuya existencia desconociese al contratar el préstamo.

prioridad temporal: "qui prior est tempore potior est iure". Había, empero, dos excepciones: hipotecas equitativas de naturaleza desigual y aplicación de la teoría de la extensión de la hipoteca a préstamos posteriores.

Se producía desigualdad entre hipotecas de carácter equitativo cuando el titular de la preferente no seguía una conducta que justificase la protección que inicialmente se le dispensaba. Nuevamente el casuismo jurisprudencial entraba en juego para dilucidar cuando había conducta negligente. En base a las sentencias en la materia se pudieron establecer algunas reglas de valor general: renuncia a la posesión de los títulos a la que se tuviera derecho y devolución de los mismos al deudor.

La ampliación o extensión de la hipoteca a préstamos posteriores se manifestaba bajo dos formas distintas: subrogación de un acreedor equitativo en la titularidad de una hipoteca legal, a fin de dotar al crédito equitativo que se fusionaba con el legal del beneficio de la prelación que éste tenía sobre una hipoteca equitativa intermedia entre las dos que se fusionaban en una sola y acreedor hipotecario legal que hacía, en favor del mismo deudor, algún préstamo posterior. En el primer caso era requisito necesario para la efectividad de la ampliación el que el titular ^{que} se subrogaba desconociera, en el momento de constituir su hipoteca, la existencia de la equitativa anterior. En el segundo era necesario igual desconocimiento en el momento de hacer el nuevo préstamo al deudor.

La Ley del Derecho de Propiedad y la de Cargas Inmobiliarias, ambas de 1925, introdujeron un nuevo sistema para determinar la prelación entre hipotecas constituidas sobre

una misma finca. La idea básica, inspiradora de la reforma, es la de ordenar la prelación entre hipotecas de conformidad con la fecha de su respectiva creación, disponiendo los medios para que el acreedor constituya su crédito de tal modo que quienes pretendan la constitución de hipotecas posteriores puedan conocer, con toda precisión, el estado de cargas de la finca hipotecada. Con este propósito se establecen tres procedimientos aplicables en función de las circunstancias y que son éstos: posesión de las escrituras solemnes de propiedad, inscripción en un Registro público y notificación por escrito a los titulares de la pertenencia legal o a quienes desempeñen su función (fiduciarios).

La aplicación de esta normativa no gira en torno a la distinción entre hipotecas legales y equitativas sino sobre modalidades de pertenencias hipotecables: hipotecas equitativas y legales de la pertenencia legal e hipotecas de derechos reales equitativos.

Todas las hipotecas, tanto legales como equitativas, - que afecten a una pertenencia legal inmobiliaria, exclusión hecha de las hipotecas protegidas por el depósito de los títulos, tienen su rango respectivo de acuerdo con la fecha de inscripción en el Registro de Cargas Inmobiliarias. Tal inscripción constituye, para todas las personas y en relación con todos los fines referentes al inmueble afectado, - conocimiento de la existencia de la hipoteca inscrita. Las hipotecas inscribibles son las denominadas hipotecas menores y las cargas equitativas de carácter general. Si se omite la inscripción, la hipoteca no produce efecto alguno - frente al adquirente de la finca hipotecada o de algún derecho real sobre el inmueble.

El tema de la prelación entre hipotecas inscribibles ha de ser resuelto a la luz de dos preceptos contradictorios, uno de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 y otro de la Ley de Cargas Inmobiliarias, también de 1925 pero modificada en 1972. Según el primero, la preferencia se establece de acuerdo con el orden cronológico de acceso al Registro y de conformidad con el segundo, la anterior es ineficaz respecto a la posterior a menos que aquella estuviera debidamente inscrita antes del otorgamiento de la escritura de la segunda. Las opiniones doctrinales más sólidas atribuyen preferencia a la segunda regla, quizá por estar contenida en una ley de carácter más especial. Es complementario de este sistema los mecanismos de protección de los derechos del acreedor, consistentes en la consulta del Registro y sus efectos y los preavisos de constitución de las cargas registrales, ya estudiados en la parte IV del capítulo III.

Las hipotecas de fincas no inscritas en el Registro de Títulos, tanto legales como equitativas, en las que el acreedor obtiene la posesión de los títulos, quedan también al margen de la inscripción en el Registro de Cargas Inmobiliarias. La causa principal de esta exclusión está en soslayar los inconvenientes prácticos que la omisión de la inscripción registral supondría para la eficacia de determinados préstamos de corta duración y ágil contratación que, con mucha frecuencia, y especialmente en el ámbito de la contratación bancaria, se constituyen con la garantía del depósito de las escrituras solemnes de propiedad.

Distinguiremos dos supuestos: acreedor hipotecario, poseedor de los títulos, primero en orden cronológico, y acreedor-poseedor de las escrituras, carente de prioridad temporal.

En el primer caso se ha de distinguir entre hipotecas legales y equitativas, con lo que se enlaza con los criterios que inspiraban las soluciones anteriores a 1925.

Si la primera es legal y la segunda equitativa, aquélla es preferente a ésta a menos que por fraude o grave negligencia (pérdida de los títulos) del primer acreedor, resulte justificada la posposición de la antigua en favor de la moderna. La regla y las excepciones son las mismas si - ambas hipotecas son legales.

Puede ocurrir que la primera sea equitativa (constituida mediante el depósito de las escrituras) y la segunda legal. En la mayoría de los casos el acreedor hipotecario legal tendrá conocimiento efectivo de la equitativa, si - hace averiguaciones sobre el paradero de las escrituras, y conocimiento supuesto u objetivo, si las omite. En ambos - casos es preferente la equitativa.

Finalmente, si ambas son equitativas, rige la regla - "qui prior est tempore potior est iure" con las excepciones, ya conocidas, de fraude y devolución de las escrituras.

El segundo supuesto de los antes enunciados es el de acreedor-poseedor de las escrituras, carente de prioridad temporal, que puede producirse cuando primero se constituye una hipoteca menor y después otra, legal o equitativa, acompañada de la entrega de los títulos. Si la primera se inscribe en el Registro de Cargas Inmobiliarias antes de que se otorgue la escritura de constitución de la segunda, la prelación irá acorde con la prioridad temporal. La prelación es inversa si la inscripción de la primera hipoteca - se produce después que la segunda haya sido otorgada y sin que esté vigente en el Registro el preaviso de estarse - efectuando su constitución.

La ampliación de la hipoteca a préstamos posteriores - ha sido suprimida en una de sus modalidades (acreedor posterior que se subrogaba en el derecho del primer acreedor legal) y subsiste en la otra, ya que cumple la importante función económica de hacer viable que el acreedor asegure la recuperación de sumas que preste adicionalmente al deudor. Pero el derecho solo puede ejercitarse en alguno de estos - tres supuestos: acreedor posterior que consiente, desconocimiento de la existencia de hipotecas posteriores y cuando - la primera hipoteca impone al acreedor la obligación de hacer préstamos adicionales.

Las normas sobre prelación de hipotecas constituidas - sobre derechos reales equitativos son de gran importancia - práctica, si tenemos en cuenta el aumento del número de los derechos reales equitativos debido a la reforma legal de - 1925.

El acreedor hipotecario con garantía de un derecho nacido de una vinculación estricta o de un fideicomiso para - venta (derechos reales limitadamente heredables, vitalicios y en general, cualquier otra especie de derechos futuros) - ha de proteger el rango de su derecho mediante notificación escrita de su existencia. La notificación escrita ha de dar se a los fiduciarios, en la vinculación estricta, en los fideicomisos para venta y siempre que haya fideicomiso. La notificación ha de darse a todos los fiduciarios y con acuse de recibo. Ante la imposible localización de los destinatarios de la notificación, se puede recurrir al procedimiento de añadir un memorandum al título constitutivo del derecho hipotecado, o escritura de fideicomiso, o al de pedir a un Tribunal que designe fiduciario a una persona jurídica especializada en estos menesteres, para que sea ella la notificada. Por tratarse de derechos equitativos, en los que la -

prioridad es básica para determinar su prelación, no se consigue una posición favorable porque el acreedor posterior se anticipe en la notificación a otro acreedor ya existente y que aún no hubiere notificado.

La prelación entre hipotecas constituidas sobre fincas inscritas en el Registro de Títulos viene determinada por - el orden de su acceso al indicado Registro, aunque éste no sea coincidente con las fechas de otorgamiento de las respectivas escrituras, salvo que del contenido del Registro - (preaviso de constitución de una de ellas, por ejemplo) o - de las escrituras se deduzca otra cosa. La extensión de la hipoteca a préstamos posteriores sólo es posible si el acreedor está sujeto a la obligación de hacer nuevos préstamos o la hipoteca se constituye para garantizar entregas de dinero que, en su totalidad, se harán con posterioridad a la - constitución e inscripción de la hipoteca.

En suma, el principio de prioridad, en Derecho inglés, está matizado en su aplicación a las hipotecas de fincas no inscritas por las exigencias de la buena fe y de la diligencia que deben caracterizar la conducta del acreedor favorecido por su vigencia. Tratándose de hipotecas sobre fincas inscritas, su aplicación es incondicional.

En materia de prelación de hipotecas y, en general, de derechos registrables, nuestro sistema hipotecario sigue la misma pauta adoptada por el inglés en cuanto a las hipotecas de fincas inscritas en el Registro de Títulos. No debe extrañar esta concordancia de criterios puesto que, como de todos es sabido, nuestra hipoteca inmobiliaria sólo es posible sobre fincas inscritas en el Registro de la Propiedad.

El principio de prioridad, en el que se basa plenamente la prelación de las varias hipotecas que voluntariamente o por imposición legal puede o debe constituir el dueño de un inmueble, es, tal como lo define ROCA SASTRE (op. cit. - II, pág. 146), el principio hipotecario en virtud del cual el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro de la Propiedad, se antepone, con preferencia excluyente o superioridad de rango, a cualquier otro acto registrable - que, siendo incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al Registro o lo hubiere sido con posterioridad, - aunque dicho acto fuese de fecha anterior. En cuanto a las hipotecas entre sí, la prioridad no actúa en calidad de preferencia excluyente sino como superioridad de rango. La formulación general de principio de prioridad está recogida a - lo largo del articulado de la Ley Hipotecaria, principalmente en los arts. 17, 24, 25 y 248.

Este principio hay que conectarlo con la posibilidad, ampliamente considerada al principio de este comentario, de concurrencia de varias hipotecas sobre una misma cosa. El - resultado de esta conexión es que se establece una prela--ción, preferencia, orden o rango entre las varias hipotecas concurrentes (voluntarias y legales expresas) el cual es determinado a base de su antigüedad registral, es decir, de - acuerdo con el principio de prioridad.

La distinción entre primeras y segundas hipotecas es - de enorme trascendencia ya que la ejecución de las primeras provoca una purga de hipotecas y gravámenes posteriores.

ROCA SASTRE nos recuerda (op. cit. IV, 12, pág. 408) - que en la Ley Hipotecaria de 1909, la salvedad de la prela--ción hipotecaria, en caso de concurrencia de hipotecas, la

indicaba el precepto equivalente al actual art. 107, 3º de la Ley. Dicho precepto establecía que podían hipotecarse - los bienes que ya estaban anteriormente hipotecados, pero "siempre que quede a salvo la prelación que tuviere para - cobrar su crédito aquél a cuyo favor esté constituida la - primera hipoteca". Esta prevención se ha eliminado en el - precepto actual, lo cual no le parece acertado a nuestro - ilustre hipotecarísta, pues con ello desaparece la única - norma material que proclamaba la regla de prelación hipotecaria. Quizá el precepto necesitaba retoque para que no pudiera interpretarse erróneamente, excluyendo, por ejemplo, la posposición de hipoteca, pero no procedía suprimir la - regla de prelación hipotecaria, salvo que se hubiese destinado un precepto especial a establecer y regular ésta, lo cual hubiera sido recomendable.

Tema distinto del hasta ahora tratado es el de la preferencia que nuestras leyes otorgan a las llamadas, con - discutible acierto, hipotecas legales tácitas. Estas, como puntualiza ALBALADEJO (op. cit. III, 2º, pág. 301 y sgs.), lo primero que podrían tener de polémico es si son verdaderas hipotecas (es decir, derecho real del acreedor que grava inmueble ajeno) o más bien son simplemente preferencias de cobro de ciertos créditos sobre determinados bienes, - preferencia que, por disposición de la ley, no necesita de ningún gravámen previo sobre ellos.

Estas hipotecas, admitiendo que lo sean, carecen de - equivalente institucional en el Derecho inmobiliario inglés. En el nuestro están reguladas en el art. 194 de la - Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil. En su virtud, el Estado, las provincias o los pueblos y los aseguradores de

bienes inmuebles tienen preferencia sobre cualquier otro -
acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscri-
to sus derechos en el Registro, para el cobro de la anuali-
dad corriente y de la última vencida y no satisfecha de -
las contribuciones e impuestos que graven a los bienes in-
muebles y por las primas del seguro de los dos últimos -
años o si fuese seguro mútuo, por los dos últimos dividen-
dos pasivos. ‡

- o - o - o -

Cuando dos o más personas prestan dinero con garantía de una misma finca y el valor de ésta, al irse a ejecutar alguna de las hipotecas, resulta insuficiente para la satisfacción de todos los créditos pendientes, el tema de la prelación con que éstos deban ser pagados adquiere vital importancia. Sin perjuicio de la acción personal derivada del contrato que, en cualquier caso, asiste a todo acreedor hipotecario, es evidente que el rango desfavorable de su hipoteca puede conducirle a una situación de no resarcimiento de su crédito.

No podemos prescindir por completo del estudio de la normativa imperante antes de 1925, ya que la que entró en vigor en esta fecha es hija de aquélla y sería difícilmente comprensible si no expusiéramos los antecedentes en los que están implantados sus preceptos. Hay, además, supuestos a los que todavía es de aplicación.

3.1. Prelación hipotecaria antes de 1926.

La norma básica, rectora de la prelación entre hipotecas, siendo una de ellas legal, que imperó hasta comienzos del año 1926, era la de que el acreedor que ostentase la titularidad de la pertenencia plena -a él transmitida, como sabemos, en cuanto sistema de constitución de la hipoteca legal- gozaba de rango preferente respecto a todas las demás hipotecas -es decir, las equitativas- constituidas con posterioridad a la suya e incluso las de fecha anterior cuya existencia desconociese al contratar el préstamo (Plumb v. Fluitt, 1791). En el primer caso, la preferencia de la hipoteca legal sobre las equitativas no era más que una aplicación de la conocida máxima jurídica "qui prior est tempore potior es jure". En el segundo supuesto, la posición del acreedor hipotecario legal era menos sólida puesto que el rango preferente concedido a su derecho podía perderse si el

acreedor hipotecario equitativo anterior, en el que recaía la carga de la prueba, demostraba que aquél, al contratar, conocía la existencia de la hipoteca mas antigua (A. G. v. Biphosphated Guano Co., 1879).

La normativa aplicable a esta excepción se inspira en los siguientes criterios jurídicos:

- a) Conocimiento por el acreedor hipotecario legal de la existencia de una hipoteca anterior. Si, al tiempo de contratar el préstamo, el acreedor hipotecario legal tenía conocimiento efectivo o subjetivo (actual notice), o supuesto u objetivo (constructive notice) (v. 4.4.2., capítulo II), de la existencia de la hipoteca equitativa de fecha anterior, su derecho de crédito real quedaba pospuesto al del titular de la carga simplemente equitativa.
- b) El conocimiento objetivo imputable al adquirente de un derecho legal sobre una pertenencia inmobiliaria, sea por omitir la investigación del título, falta de pesquisas documentales o por no inspeccionar el inmueble (v. 4.4.2. del capítulo II), ofrecía determinadas peculiaridades cuando el adquirente en cuestión era un acreedor hipotecario.

Las escrituras solemnes de propiedad son la expresión documental del dominio o titularidad de la pertenencia plena inmobiliaria. La negligencia, civilmente sancionable -pérdida de prelación- en la conducta del acreedor hipotecario en relación con ellas, podía consistir en no exigir su entrega al constituirse su derecho o en perder su posesión después de obtenerla.

En la legislación anterior a 1926, era principio firmemente establecido que el acreedor que no hacía pesquisas sobre las escrituras solemnes de propiedad del constituyente de la hipoteca -

debía sufrir la posposición de su derecho al del acreedor equitativo anterior e incluso al del acreedor posterior que, actuando de buena fe, fuere más diligente en obtener la posesión de las escrituras de la pertenencia hipotecada (Walker v. Linom, 1907).

De otra parte, si el acreedor hipotecario legal hubiere realizado pesquisas sin conseguir que le fueren entregadas las escrituras en cuestión, había que estar a las circunstancias de cada caso para dilucidar cuál era el rango respectivo de su hipoteca y el de otra de carácter equitativo constituida en fecha anterior. El simple hecho de no obtener la posesión, si no iba unido a un cierto grado de negligencia, llamémosle complementaria, no era causa automática de posposición. De acuerdo con los criterios jurisprudenciales al efecto, no había posposición a menos que se apreciara la existencia de fraude en la conducta del acreedor legal, al constituir la hipoteca, o un grado tan grave de negligencia que resultare indicativo de complicidad en el fraude del deudor, dirigido, en ambos casos, contra el acreedor equitativo anterior (Hunt v. Elmes, 1860; Ratcliffe v. Barnard, 1870; Hudston v. Viney, 1921; Northern Counties of England Fire Insurance Co. v. Whipp, 1884). La jurisprudencia evolucionó en sentido de juzgar con mayor rigor la conducta del acreedor legal: para sancionarle con la pérdida del rango preferente no es preciso -se dijo- declararle culpable de fraude; basta con que sea responsable de una conducta negligente en tan alto grado que resultara injusto privar al acreedor anterior de su rango preferente (Oliver v. Hinton, 1899). No era éste el caso cuando el acreedor pedía la entrega de los títulos y se le daba una excusa razonable para no atenderle (Hewitt v. Loosemore, 1851).

Asimismo, la no obtención de las escrituras de propiedad podía ser causa de la posposición de la hipoteca legal respecto a la equitativa de fecha posterior. De nuevo, el criterio determinante era la negligencia grave que perjudicare injustificadamen-

te al acreedor equitativo (*Grierson v. National Provincial Bank of England Ltd.*, 1913).

La segunda de las situaciones peculiares que, basada en la negligencia del acreedor hipotecario legal, podía motivar la pérdida de su rango preferente respecto a hipotecas equitativas constituidas con posterioridad, era la pérdida de la posesión de los títulos que inicialmente estuvieron en sus manos. Si en esta conducta se apreciaba negligencia grave del acreedor hipotecario legal -por ejemplo, falta de la más elemental cautela en la custodia de los títulos, permitiendo que volvieran a manos del deudor, que los utilizaba para constituir otra hipoteca-, su hipoteca quedaba pospuesta en favor de la posterior (*Walker v. Linom*, 1907; *Northern Counties of England Fire Insurance Co. v. Whipp*, 1884).

Igualmente, y como consecuencia de negligencia sobrevenida, el derecho del acreedor hipotecario legal podía quedar pospuesto si apoderaba o facultaba al deudor para obtener más dinero con garantía del inmueble. Tal ocurría si el deudor, autorizado para obtener un segundo préstamo de determinada cuantía, obtenía otro mayor y además, sin dar a conocer al segundo acreedor la existencia de la primera hipoteca. La negligencia por haber confiado excesivamente en el deudor no podía perjudicar a quien contratase con él (*Peny Henick v. Attowood*, 1857; *Brocklesby v. Temperance, etc., Society*, 1895).

Cuando el conflicto surgía entre dos o más hipotecas equitativas, la norma aplicable era la de la pura y simple prioridad temporal: "qui prior est tempore potior est iure" (*Brace v. Duchess of Marlborough*, 1728; *Willoughby v. Willoughby*, 1756). Se razonaba esta norma diciendo que el titular de una pertenencia plena, que actuase honestamente en relación con ella, no podía conferir a otro un derecho en la pertenencia mayor que el -

ostentado por él: "nemo dat quod non habet". Efectivamente, al constituir la primera hipoteca equitativa, su derecho quedaba disminuido y sólo podía realizar una nueva disposición contabilizando la merma de valor económico que voluntariamente había impuesto sobre su derecho (West v. Williams, 1899).

La regla, sin embargo, admitía sus excepciones: a) cuando las respectivas hipotecas equitativas eran de naturaleza desigual, y b) en los casos en que era de aplicación la teoría de la extensión de la hipoteca a préstamos posteriores.

a) Se produce desigualdad entre hipotecas de carácter equitativo (equities not equal) cuando el titular de la que es preferente en el tiempo no sigue una conducta que justifique la protección de la que inicialmente se le dispensa (National Provincial Bank of England v. Jackson, 1886). Tal protección podía perderse si la conducta negligente del acreedor más antiguo en la obtención o conservación de las escrituras solemnes de propiedad inducía, con fundamento suficiente, al acreedor posterior a juzgar que no existía hipoteca anterior alguna. La cuestión relativa al grado de negligencia suficiente para originar la pérdida del rango hipotecario preferente no admitía una solución claramente apriorística. Advuértase, no obstante, que a primera vista la prioridad de una hipoteca equitativa era más vulnerable que la de una hipoteca legal (Taylor v. Russell, 1891). De todos modos, el clima de relativa incertidumbre en el que se mueven los criterios jurisprudenciales no impidió la formulación de dos reglas básicas con carácter firme.

Primeramente, siempre que un acreedor, como parte de su garantía, tuviera facultad para poseer las escrituras solemnes de propiedad de la finca y, sin embargo, dejara de ejercitarla, estaba posponiendo su derecho al de un acreedor posterior que constituyere su hipoteca sin conocer la existencia de la anterior (Farnand v. Yorkshire Banking Co., 1888).

Asimismo, si un acreedor equitativo obtenía la posesión de las escrituras y luego se las devolvía al deudor, su derecho - quedaba pospuesto al del acreedor posterior al que se le entregaban como garantía de su crédito, supuesta su inocencia o desconocimiento de la carga precedente (Waldron v. Sloper, 1852).

b) La ampliación o extensión de la hipoteca a préstamos - posteriores (tacking) constituye también excepción a la regla - general que establecía la prelación entre hipotecas equitativas de acuerdo con el orden cronológico de sus respectivos contratos constitutivos. Esta doctrina, familiarmente llamada "la tabla de salvación del acreedor" (the creditor's "tabula in naufragio") (Brace v. Duchess of Marlborough, 1728), es un ejemplo de la superioridad reconocida por los Tribunales a la pertenencia legal.

Tal figura jurídica se manifestaba bajo dos formas distintas, que estudiaremos separadamente.

La primera equivalía a la subrogación de un acreedor equitativo en la titularidad de la hipoteca legal, a fin de dotar - al crédito equitativo que se fusionaba con el legal del beneficio de la prelación que éste tenía sobre una hipoteca equitativa intermedia entre las dos que se fusionaban en una sola. La subrogación había de llevarse a cabo por el segundo de los acreedores equitativos, satisfaciendo al titular de la hipoteca legal el importe de su derecho. En tal caso, y siempre que ambas hipotecas equitativas fueran iguales -lo que solamente era posible si el que se subrogaba desconocía la existencia de una hipoteca equitativa anterior en el momento de constituir la suya-, la prelación de la hipoteca legal se extendía a la equitativa - de fecha más reciente, amparándola con su superior eficacia.

La segunda modalidad de ampliación de la hipoteca a préstamos posteriores estaba exclusivamente reservada al acreedor -

hipotecario legal que hacía, en favor del mismo deudor, algún préstamo posterior. Si lo llevaba a efecto desconociendo, en dicho momento, la existencia de una hipoteca equitativa constituida después que la suya, el crédito respaldado con la hipoteca legal se incrementaba con el importe del préstamo nuevo o adicional, beneficiándose éste de la prelación de aquél. Por supuesto, el conocimiento de la existencia de un préstamo equitativo posterior al hipotecario legal, enervaba toda posibilidad de ampliación de la hipoteca a préstamos adicionales (Freeman v. Laing, - 1899).

8.2. Prelación hipotecaria después de 1925.

La Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) y la de Cargas Inmobiliarias (Land Charges Act), ambas de 1925, introdujeron un nuevo sistema para determinar la prelación entre hipotecas constituidas sobre una misma finca. La idea básica, inspiradora de la reforma, es la de ordenar la prelación entre hipotecas de conformidad con la fecha de su respectiva creación, disponiendo los medios para que el acreedor constituya su crédito de tal modo que quienes pretendan la contratación de hipotecas posteriores puedan conocer, con toda precisión, el estado de cargas de la finca en cuestión. Con este propósito, se establecen tres procedimientos aplicables en función de las circunstancias que, por el momento, nos limitamos a enunciar: posesión de las escrituras solemnes de propiedad, inscripción en un Registro público y notificación por escrito al acreedor, a los titulares de la pertenencia legal, o a quienes desempeñen su función -fiduciarios- en la que tenga su apoyo el derecho equitativo real hipotecado.

La normativa actual no parte, como la anterior, de la distribución entre clases de hipotecas (legales y equitativas) sino sobre modalidades de pertenencias hipotecables. Por ello, se ha-

ce preciso diferenciar las hipotecas equitativas legales de la - pertenencia legal (legal estate), de las hipotecas de derechos - reales equitativos (equitable interest).

8.2.1 Prelación entre hipotecas legales y equitativas de una pertenencia plena.

La Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, dispone, en su artículo (section) 97, que toda hipoteca, - tanto legal como equitativa, que afecte a una pertenencia legal inmobiliaria, constituida después de la entrada en vigor de esta ley, exclusión hecha de las hipotecas protegidas por el depósito de los títulos escritos relativos a la pertenencia afectada, tienen su rango respectivo de acuerdo con la fecha de inscripción - practicada en el Registro de Cargas Inmobiliarias, según lo prevenido en la Ley de igual nombre (Land Charges Act, 1925).

Como lógico desarrollo y complemento de lo preceptuado en - el referido artículo, el 198 de la misma ley establece que la - inscripción registral practicada según se dispone en ambas leyes, constituye, para todas las personas y en relación con todos los fines referentes al inmueble afectado, conocimiento de la existencia de la hipoteca que hubiere tenido acceso al Registro correspondiente.

Establecida la obligación y los efectos derivados de su cumplimiento, la Ley de Cargas Inmobiliarias se ocupa de puntualizar las dos clases de hipotecas que son registrables, denomina - das hipotecas menores (puisne mortgages) y cargas equitativas de carácter general (general equitable charges) (v. 4.1.1.1., parte IV, capítulo III).

Si se omite su inscripción, la hipoteca no produce efecto - alguno frente al adquirente de la finca hipotecada o de algún de

recho real sobre el inmueble. Entiéndese por adquirente toda persona, incluidos acreedores hipotecarios y arrendatarios, que, a título oneroso, adquieren algún derecho sobre la finca.

Circunscribiéndonos, por el momento, a las dos clases de - hipotecas inscribibles en el Registro de Cargas Inmobiliarias - (v. 4.1.1.1. parte IV, capítulo III), hemos de tener presente el interesante mecanismo protector de la sólida constitución de los derechos del acreedor, consistente en la consulta del Registro y sus efectos y los preavisos de constitución de las cargas registrables (entre ellas, las hipotecas que ahora nos ocupan) en cuyo estudio ya nos hemos centrado anteriormente (v. 4.1.1.3 parte IV, capítulo III) y que damos aquí por reproducido.

El tema de la prelación entre hipotecas inscribibles ha de ser resuelto a la luz de dos preceptos que entrañan evidente contradicción. El artículo 97 (section) de la Ley del Derecho de - Propiedad (Law of Property Act) de 1925 expresamente dispone que las cargas inmobiliarias inscribibles son preferentes de acuerdo con el orden cronológico de su acceso al Registro. Por el contrario, el artículo (section) 13 de la Ley de Cargas Inmobiliarias (Land Charges Act), también de 1925, modificado en 1972, dispone que las hipotecas menores (puisne mortgages) y las cargas equitativas de carácter general (general equitable charges) son ineficaces frente al comprador o adquirente de cualquier derecho real sobre la finca gravada por aquéllas, a menos que estuvieren debidamente inscritas antes del otorgamiento de la escritura de compra o de adquisición del derecho. Las opiniones doctrinales más sólidas atribuyen preferencia al segundo de los preceptos cita-dos, quizá por estar contenido en una ley de carácter más espe-cial.

Supongamos que, sobre un mismo inmueble, A, B y C constitu-
yen sendas hipotecas. A otorga la escritura el 1 de mayo y la ins

cribe con fecha 11, B, la otorga el 10 y la inscribe el 20 del mismo mes y C efectúa el otorgamiento el 30 e inscribe unos días después. El respectivo rango registral es B - A - C puesto que, en aplicación del mencionado artículo 13, A, que dió lugar a que B otorgara su escritura (10 de mayo) antes de que él la inscribiera (11 de mayo), sin que tampoco estuviere vigente en el Registro ningún preaviso de su constitución, ha de sufrir la posposición de su hipoteca a pesar de haber sido otorgada en fecha anterior. Avala esta solución, además, los criterios contenidos en el artículo (section) 198 de la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) ya que C tuvo conocimiento legal (statutory notice) de ambas hipotecas, pero B no lo tuvo de la hipoteca de A.

Si se pretendiera razonar la solución del ejemplo al amparo de lo prevenido en el artículo 97 de la Ley del Derecho de Propiedad, el rango registral quedaría establecido en el orden A - B - C; pero ello, en la práctica, equivaldría a contravenir una de las principales finalidades perseguidas con la inscripción registral. Esta hace posible que el futuro acreedor conozca el estado de cargas de la finca del futuro deudor. Si el título de aquél quedara desplazado en virtud de una inscripción practicada después de que, vista la inexistencia registral de cargas anteriores, se hubiere otorgado la correspondiente escritura, el efecto práctico informativo perseguido se frustraría.

Cuanto llevamos dicho se refiere a las hipotecas que son inscribibles. Hemos de dirigir ahora nuestra atención a las que, tanto si son legales como equitativas, quedan, en virtud de precepto expreso, al margen de la inscripción registral, lo que constituye una de las notas más relevantes de la legislación inmobiliaria e hipotecaria de 1925. Tal ocurre con las hipotecas de fincas no inscritas en el Registro de Títulos (v.4.2.3., parte

IV, capítulo III) en las que el acreedor obtiene la posesión de los títulos. La causa principal de esta exclusión está en soslayar los inconvenientes prácticos que, la omisión de la inscripción registral, supondría para la eficacia de determinados préstamos de corta duración y ágil contratación que, con mucha frecuencia, y especialmente en el ámbito de la contratación bancaria, se constituyen con la garantía del depósito de las escrituras solemnes de propiedad.

Entramos, pues, en el estudio del tema de la prelación entre hipotecas cuando una de las concurrentes lleva aparejada, - como especial refuerzo de su eficacia, la posesión de las escrituras solemnes de propiedad por el acreedor, lo que, ciertamente, es un caso muy frecuente. La cuestión clave, en torno a la cual ha de girar la exposición del tema que nos ocupa, es ésta: ¿qué significado jurídico tiene la exclusión de esta hipoteca - de la lista de las que son inscribibles?, ¿acaso la posesión de las escrituras confiere siempre un rango preferente?. Responderemos a estos interrogantes distinguiendo dos supuestos: acreedor hipotecario, poseedor de los títulos, primero en orden cronológico, y acreedor-poseedor de las escrituras, carente de prioridad temporal.

Siendo el primer acreedor quien posea las escrituras solemnes de propiedad, se hace preciso, a su vez, subdistinguir varios casos según que las hipotecas en juego sean legales o equitativas, con lo que, en definitiva, se enlaza con los criterios que inspiraban las soluciones anteriores a 1925.

Resultando que la hipoteca más antigua sea legal y la posterior concurrente tenga carácter de equitativa, aquélla tiene - rango preferente sobre ésta, a menos que por fraude o grave ne-

./.

gligencia del primer acreedor, unida esta última conducta a la pérdida de la posesión de los títulos, ocurrida después de la constitución de la hipoteca, resulte justificada la posposición de la antigua en favor de la moderna.

Si ambas hipotecas son legales, no cabe duda de que la constituida con fecha anterior goza de preferencia sobre la posterior, a menos que el titular de la primera sea cómplice en un fraude o se desprenda negligentemente de las escrituras solemnes de propiedad, causando con ello una apariencia engañosa en perjuicio del titular de la hipoteca más reciente, en cuyo caso ésta se antepone a aquélla.

Puede ocurrir también que la primera hipoteca sea equitativa y la segunda legal. Tal es el caso de una primera hipoteca constituida exclusivamente mediante el depósito de las escrituras, que, según sabemos, tiene carácter equitativo y la de una posterior afección en pago con fuerza de hipoteca legal (legal charge), ambas con garantía de la misma finca. Antes de pronunciarse sobre la prelación entre ambas cargas hipotecarias, se ha de dilucidar cuándo el segundo acreedor hipotecario tiene conocimiento de la primera hipoteca. La respuesta está contenida en la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, que en su artículo (section) 199 -recogido en el texto de la Ley de Cargas Inmobiliarias, actualizado en 1972- dispone que todo adquirente de una pertenencia legal, incluido el acreedor hipotecario, no quedará perjudicado, en virtud de conocimiento objetivo, de cualquier contrato que no sea susceptible de inscripción, de acuerdo con la Ley de Cargas Inmobiliarias (Land Charges Act) de 1925, a menos que: a) tenga conocimiento subjetivo o razonablemente habría de tenerlo de haber realizado pesquisas e inspecciones apropiadas; o b) su abogado o agente tenga conocimiento efec

tivo de su existencia o deberían tenerlo de no haber omitido las pesquisas e inspecciones razonables en función de las circunstancias del caso. Queda claro que la prelación es favorable a la hipoteca legal, aunque sea de fecha posterior a la equitativa, a menos que pueda aplicarse al acreedor titular de aquella la doctrina del conocimiento subjetivo u objetivo. En la mayoría de los casos esta doctrina será aplicable puesto que el acreedor hipotecario legal tendrá conocimiento efectivo de la hipoteca equitativa anterior, si hace averiguaciones sobre el paradero de las escrituras de propiedad, y conocimiento supuesto u objetivo si las omite.

Finalmente, si ambas hipotecas concurrentes son equitativas, una de ellas constituida mediante simple depósito de las escrituras y la otra en forma de carga equitativa de carácter general, es de aplicación el principio "qui prior est tempore potior est jure", a menos que por complicidad en un fraude o por devolución voluntaria de las escrituras al deudor, lo que entraña una conducta negligente, se haya propiciado un fraude en perjuicio del acreedor cuyo título sea de fecha más reciente, en cuyo caso éste adquiere prelación.

Cuando no sea el primer acreedor quien posea las escrituras solemnes de propiedad por constituirse en primer lugar, pongamos por caso, una hipoteca menor (puisne mortgage) y después otra, legal o equitativa, acompañada de la entrega de los títulos de propiedad al acreedor, se hace preciso matizar la cuestión a la vista de lo ocurrido con la inscripción registral de la primera hipoteca.

Si ésta se inscribe en el Registro de Cargas Inmobiliarias antes de que se otorgue la escritura de constitución de la segunda hipoteca, la prelación irá acorde con la prioridad temporal, en aplicación de los ya conocidos y comentados artículos 97 de -

la Ley del Derecho de Propiedad y 198 de la de Cargas Inmobiliarias. La prelación es inversa si la inscripción de la primera hipoteca se produce después que la segunda haya sido otorgada y sin que esté vigente en el Registro el preaviso (priority notice) de estarse efectuando su constitución, según resulta de lo previsto en el artículo 13 de la Ley de Cargas Inmobiliarias de 1925.

La ampliación o extensión de la hipoteca a préstamos posteriores (tacking) ha sido sustancialmente afectada por la Ley del Derecho de Propiedad de 1925. En una de sus manifestaciones ha sido abolida y en la otra subsiste. La derogación alcanza a la modalidad según la cual un acreedor posterior podía adquirir el derecho del primer acreedor legal desplazando, de este modo, al acreedor intermedio que gozaba de preferencia sobre el que se subrogaba en la posición del primero de todos.

La segunda de las formas en que esta original institución jurídica hallaba su expresión pervive, ya que cumple la importante función económica de hacer viable que el acreedor asegure la recuperación de sumas que preste adicionalmente al deudor. Tal es el caso de un Banco que concede créditos a sus clientes, en cuenta corriente, con garantía hipotecaria. La posibilidad de este beneficio abarca a todos los acreedores anteriores, legales y equitativos, y no sólo a los primeros, como sucedía en la normativa vigente antes de 1926. Pero el derecho sólo puede ejercitarse en alguno de estos tres supuestos:

a) Cuando el acreedor posterior presta su consentimiento, en virtud de un acuerdo presumiblemente satisfactorio para él y en el caso normal de que el valor de la finca sea suficiente para satisfacer todas las cargas hipotecarias que pesen sobre ella. Se trata, en suma, de un supuesto de posposición o permuta de rango hipotecario en virtud de pacto expreso.

- b) Cuando no hay noticia de hipotecas posteriores. Un acreedor - que no tiene conocimiento de la existencia de hipotecas posteriores en el momento en que hace un préstamo adicional, está en condiciones de exigir que ambos préstamos por él realizados -el principal y el adicional o complementario- gocen de - rango preferente a otros préstamos cuya fecha de constitución sea intermedia entre la de sus dos operaciones. La norma es - la misma que regía antes de 1926 con una importante diferencia: la inscripción de una hipoteca posterior en el Registro de Cargas Inmobiliarias constituye conocimiento efectivo y general de su existencia.

Hay, no obstante, una importante excepción a la regla de que la simple inscripción de la hipoteca intermedia constituye un obstáculo a la extensión de la hipoteca anterior para garantizar cantidades prestadas después de la referida inscripción. Si la primera hipoteca se constituye en garantía de una cuenta corriente, lo que es muy frecuente en la actividad bancaria -respecto a cuya necesaria agilidad (atención de talones, por ejemplo) sería una rémora la reiterada consulta del Registro-, la sola inscripción de la hipoteca intermedia no enerva el derecho del primer acreedor a ampliar o extender la hipoteca a préstamos posteriores. Para que tal efecto se produzca - es preciso que el primer acreedor tenga conocimiento efectivo, en su significado tradicional, es decir, no por la simple publicidad registral de la existencia de la hipoteca intermedia. Lógicamente, el titular de ésta dispone del mecanismo de la notificación personal como instrumento para enervar la peligrosa ampliación de la hipoteca a los préstamos posteriores al suyo.

- c) Cuando la hipoteca impone al acreedor la obligación de hacer préstamos adicionales, la norma es que la hipoteca ampara las ulteriores entregas, siempre que el acreedor sea requerido a

realizarlas en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y a pesar de que el acreedor conozca la existencia de hipotecas intermedias.

8.2.2. Prelación entre hipotecas constituidas sobre derechos reales equitativos.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925, recogiendo un criterio elaborado anteriormente por la jurisprudencia (Dearle v. Hall, 1823), ha establecido una norma especial reguladora de la prelación entre hipotecas sobre derechos reales equitativos existentes en las pertenencias plenas y menos plenas. Innecesario es subrayar la importancia de esta clase de hipotecas, si tenemos en cuenta el aumento del número de los derechos reales equitativos debido a la reforma legal de 1925 (v. 7.1.1., capítulo II).

En consecuencia, el acreedor hipotecario con garantía de un derecho nacido de una vinculación estricta, o de un fideicomiso para venta, como es el caso de los derechos reales limitadamente heredables, los derechos reales vitalicios o cualquier otra especie de derecho futuro (v., en general, parte II del capítulo III), ha de proteger el rango de su derecho mediante notificación escrita obligatoria de su existencia. El requisito de la práctica escrita de la notificación constituye una lógica novedad introducida al amparo de la reforma legislativa de 1925.

La notificación escrita, cuya fecha es la base de la prelación hipotecaria, ha de darse, a los fiduciarios, en la vinculación estricta, en los fideicomisos para venta y siempre que haya fideicomiso.

Aunque la Ley del Derecho de Propiedad no se haya pronunciado expresamente sobre el particular, ha de considerarse subsistente

la norma del antiguo Derecho que exige que la notificación se dé a todos los fiduciarios y con acuse de recibo. La notificación - no dada a todos los fiduciarios sólo produce efectos mientras - los que la reciben permanecen en el desempeño de sus cargos, pero pierde su eficacia respecto a hipotecas creadas después del - cese de quienes la recibieron. Este efecto desfavorable no se - produce si se notifica a la totalidad de los fiduciarios.

Supuesta la imposibilidad de determinar o localizar a las - personas que deban ser notificadas de la constitución de la hipoteca, se puede acudir, según lo previene la ley, al procedimiento de redactar un memorandum que se endosa o anexiona al título constitutivo del derecho objeto de hipoteca, es decir, a la escritura de fideicomiso (trust instrument) en el caso de una vinculación estricta (v. 1.3.4., parte II, capítulo III). Sus efectos son análogos a los de la notificación. Otra solución alternativa para superar dicha dificultad, si la anexión al documento - ofrece inconvenientes prácticos, consiste en que el constituyente del fideicomiso o el Tribunal competente nombre una persona - jurídica en calidad de fiduciario (trust corporation), a la que ha de cursarse la preceptiva notificación de constitución de la hipoteca. Un eventual segundo acreedor hipotecario con garantía del mismo derecho real equitativo, puede exigir de los fiduciarios contestación escrita sobre la existencia de hipotecas anteriores.

Por tratarse de derechos equitativos, en los que la prioridad de constitución es básica para determinar su prelación, si - un acreedor hipotecario posterior tiene conocimiento de la existencia de una hipoteca anterior sobre el mismo derecho real, no consigue una posición favorable a su derecho porque se anticipa en la notificación.

8.2.3. Prelación entre hipotecas constituidas sobre pertenencias inscritas.

Las hipotecas cuyo objeto sean fincas inscritas pueden constituirse con sujeción a alguna de estas modalidades: hipoteca no inscrita o imperfecta de finca inmatriculada (unregistered mortgage); afección hipotecaria inscrita (registered mortgage) y depósito del certificado de la inscripción inmobiliaria o del certificado de inscripción hipotecaria (land or charge certificate). Los respectivos conceptos, así como los aspectos más sobresalientes de su régimen jurídico, han sido estudiados anteriormente en el subapartado 3.2. Ahora nos interesa tan sólo el tema de su prelación o rango hipotecario.

La prelación entre las afecciones hipotecarias inscritas viene determinada por el orden de su acceso al Registro, aunque éste no sea coincidente con las fechas de otorgamiento de las respectivas escrituras, salvo que del contenido del Registro (preaviso de constitución de una de ellas, por ejemplo) o de las escrituras se deduzca otra cosa. La extensión de la hipoteca a préstamos posteriores (tacking) sólo es posible si el acreedor está sujeto a la obligación de hacer nuevos préstamos o la hipoteca se constituye para garantizar entregas de dinero que, en su totalidad, se harán con posterioridad a la constitución e inscripción de la hipoteca. En este último caso, el Registrador, antes de inscribir hipotecas posteriores que podrían perjudicar la así constituida, ha de notificar su existencia, por correo certificado, al titular de la primera hipoteca, el cual puede anotar registralmente las entregas efectuadas hasta el momento en que reciba, o debería recibir en circunstancias normales, la notificación de la existencia de la hipoteca posterior. En el primer supuesto, todas las afecciones hipotecarias posteriores tienen efecto con subordinación a las entregas que puedan realizarse en cumplimiento de la obligación pactada.

Las otras dos modalidades indicadas, hipoteca no inscrita de finca inmatriculada e hipoteca en virtud de depósito de certificado, adquieren prelación también de acuerdo con su constancia registral; es decir, según la fecha de la oposición cautelar de hipoteca (caution) o del depósito de los títulos (v. 3.2. precedente, en este mismo capítulo).

La prelación entre hipotecas sobre derechos reales equitativos creados sobre pertenencias inscritas no se rige por la regla, antes vista, para las que recaen sobre las no inscritas, de notificación a los fiduciarios. Tienen acceso al Registro como derechos menores (v. 4.2.8. parte IV, capítulo III) en forma de "pre aviso cautelar" (priority caution). Obtenida la constancia en esta especial sección registral, el acreedor hipotecario del derecho real equitativo en cuestión goza de preferencia sobre otros constituidos en fecha anterior, pero no anotados antes que el suyo, aún cuando tenga conocimiento efectivo de su existencia. He aquí una diferencia fundamental con el sistema de notificaciones a los fiduciarios, imperante respecto a las pertenencias no inscritas, según hemos visto anteriormente.

9. EXTINCTION DE LA HIPOTECA (DISCHARGE OF THE MORTGAGE).

- o - o - o -

* No puede sostenerse el criterio de que el inventario - de las causas de extinción del derecho real de hipoteca imperante en nuestro sistema sea análogo al que rige en Derecho inglés, pero sí puede afirmarse que hay entre ambos una semejanza estructural que está ausente en otros muchos aspectos de su respectivo régimen jurídico.

La hipoteca, según el artículo 1.857 del Código Civil, y tal como nos recuerdan CHICO y BONILLA (Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral; tomo II, pág. 863), es un "derecho real accesorio de garantía del cumplimiento de una obligación principal", de lo cual se deduce que, en cuanto derecho accesorio, se extingue al extinguirse el principal. Y es que la hipoteca no tiene razón de ser por sí misma, sino como garantía de un derecho de crédito. Por ello, tanto en el sistema hipotecario inglés como en el español se extingue en todo caso cuando la obligación garantizada deja de existir. Ahora bien, hay causas que específicamente producen la muerte de la hipoteca en cuanto derecho real de garantía, dejando subsistente el derecho de crédito en su puro y escueto esquema personal, como ocurre, por citar un ejemplo singularmente relevante, con la destrucción o pérdida de la garantía.

Basándose en esta distinción, un sector muy prestigioso de nuestra doctrina científica (ROCA SASTRE, op. cit. IV, 2ª pág. 1.103 y PUIG BRUTAU, op. cit. III, 3ª, pág. 302) - clasifica en dos grupos las causas de extinción de la hipoteca, uno que comprende su extinción a causa de desapari-

ción de la obligación garantizada y otro que abarce todas - las demás.

Otras clasificaciones de las que se sirven nuestros autores (CHICO y BONILLA, op. cit., págs. 862 y 863) son estas:

- Extinción total o parcial, según que afecte a todo - el derecho real de hipoteca, desapareciendo el mismo integramente, o que se reduzca simplemente la cuantía de la responsabilidad hipotecaria o la extensión de la misma.

- Por el origen puede hablarse de una extinción voluntaria (renuncia de la hipoteca) forzosa (prescripción de la acción hipotecaria) o mixta (cuando la hipoteca se extingue a consecuencia de la remisión del crédito).

- La extinción también puede ser absoluta o relativa, según que su desaparición no deje equivalente o elemento alguno subrogado (por ejemplo, la pérdida de la cosa gravada por siniestro no asegurado) o cuando, si bien desaparece la hipoteca, el acreedor puede perseguir un equivalente o subrogado (por ejemplo, en la expropiación forzosa con indemnización o en el siniestro asegurado).

Las causas de extinción de la hipoteca en el Ordena -- miento inglés son acomodables a todas estas clasificaciones, pero ya sabemos que los esforzados juristas ingleses no se sienten inclinados a este entretenimiento intelectual. Su - habitual pragmatismo les lleva a prescindir del estudio de las instituciones jurídicas a través de su encuadramiento - doctrinal, contentándose, en este caso particular, con ha - cer inventario y exámen de las causas de extinción de la - hipoteca. Incluso no todas las estudian bajo este epígrafe,

ya que algunas quedan subsumidas dentro del estatuto general del acreedor hipotecario y expuestas como parte del mismo.

A efectos de su estudio independiente se consideran causas de extinción de la hipoteca en Derecho inglés: redención mediante pago de la deuda (redemption), condonación (release) renuncia (waiver) confusión de derechos (merger) y destrucción o pérdida de la garantía (destruction or loss of the property).

En nuestro Ordenamiento jurídico, amén de estas causas o sus equivalentes (así, en lugar de pago se habla, genéricamente, de extinción o ineficacia de la obligación garantizada) se incluyen en la relación otras, como la consumación o ejercicio de la acción hipotecaria, la purga operada en virtud de una hipoteca preferente y la prescripción que, como es lógico, también rigen en Derecho inglés como causas extintorias de la hipoteca, pero que no se estudian bajo este epígrafe, en el que ni siquiera se mencionan, ya que se trata de ellas, según antes se apuntó, cuando se exponen los derechos del acreedor hipotecario.

Otras causas que aparecen incluidas en las exhaustivas enumeraciones que hacen nuestros tratadistas, como la expiración del término o el cumplimiento de la condición resolutoria y la denuncia del hipotecante o dueño de la cosa hipotecada, en el caso de haberse reservado este derecho, presuponen, la presencia y son el resultado de elementos accidentales o modalidades del negocio jurídico hipotecario que tienen el carácter de determinaciones de la voluntad de las partes dirigidas a modificar el contenido normal de aquél. Son elementos de la teoría general del Ordena

miento jurídico, tanto español como inglés, por lo que la doctrina inglesa más cualificada prescinde de su estudio especial dentro del régimen jurídico hipotecario.

La extinción de hipotecas por caducidad de su inscripción, al amparo de la disposición transitoria 3ª de la Ley Hipotecaria, y por cancelación del asiento respectivo, especialmente en caso de expediente de liberación de gravámenes, son expresión de mecanismos muy particulares de nuestro sistema registral y resulta difícil hallarles equivalentes en un sistema registral tan dispar como el imperante en Inglaterra.

Pasando del nivel de los contrastes genéricos al del análisis y comparación de las instituciones equivalentes o asimilables, comenzaremos por la redención de la hipoteca mediante pago de la deuda.

Históricamente, y aún hoy, la hipoteca en Derecho inglés es una carga tan pesada para el patrimonio del deudor hipotecario o del hipotecante, que la facultad correlativa de estos y demás interesados en que la carga se extinga tiene una enorme importancia institucional, ya conocida por nosotros (v. 6.1. anterior), hasta el punto de quedar configurada como un derecho patrimonial autónomo (derecho equitativo de redención) de titularidad potencialmente múltiple. Por ello, el hecho del pago al acreedor, y correlativa extinción de la obligación personal garantizada con la hipoteca, va íntima e indisolublemente unida a la redención de la carga hipotecaria.

Inicialmente, cuando la hipoteca se constituía a través de una venta o transmisión de la pertenencia, la reden-

ción se instrumentaba por medio de un pacto de retro según la cual, si el deudor hacía frente al débito en las condiciones económicas y de plazo pactadas, tenía derecho a retraer la pertenencia que se había transmitido a los solos fines de garantizar el crédito. A partir de 1925, tal estipulación expresa deja de tener justificación puesto que el pago extingue, de forma automática, el arrendamiento real. No obstante, a fin de perfeccionar inicialmente el contrato arrendaticio de garantía, delimitando los derechos de ambos contratantes en el ámbito temporal, se incluyen previsiones indicando que el arrendamiento real hipotecario cesará en la fecha fijada, que suele ser muy remota y no coincidente, obvio es decirlo, con la fecha que se pacta para el pago de la deuda.

Recordemos, sin insistir en un tema ya bastante tratado, que hay dos distintas facultades para redimir la hipoteca: la legal, en la fecha convenida, y la equitativa, para después de dicha fecha. Aún en el supuesto de préstamos hipotecarios amortizables mediante pagos iguales en su cuantía y periódicos en su vencimiento (by instalments) la hipoteca es, generalmente y según pacto, redimible a los seis meses de la fecha de su constitución. Transcurrido el plazo, el deudor ya está obligado a amortizar y si no lo hace nacen el derecho equitativo de redención y su antagónista, la acción comisoria.

Como norma general, la hipoteca no puede redimirse antes de la fecha pactada, si es que el acreedor se opone a ello.

La facultad de redimir la hipoteca constituye una secuela del derecho que el deudor hipotecario conserva sobre

la finca hipotecada. Es ejercitable únicamente por él, por quienes le sucedan en la plenitud de sus derechos sobre el predio, tanto por actos "inter vivos" como "mortis causa", por el cesionario de dicho derecho, en su caso, por quien adquiriera el predio (usurpador) por efecto de la prescripción extintiva del derecho del dueño, por el cónyuge del dueño en cuanto a la vivienda común y por los acreedores posteriores. Ahora bien, éstos, a diferencia de los demás, tienen facultad para redimir no en términos absolutos sino relativos: ningún acreedor posterior puede redimir una hipoteca anterior sin decomisar antes el derecho a extinguir o redimir la hipoteca que tiene el deudor.

Como ya sabemos, el pago de la deuda garantizada con la hipoteca que se hubiere omitido en la fecha pactada, no puede hacerse sin dar al acreedor un preaviso que se estima bastante si es de seis meses. La práctica considera que el pago de seis meses de intereses es equivalente al preaviso. El preaviso de pago pierde su significado, y puede omitirse, si el acreedor reclama, judicial o extrajudicialmente, la satisfacción de su crédito o toma posesión de la finca. Si el acreedor rehusa aceptar el ofrecimiento de pago que, en sus debidos términos le dirija el deudor, éste puede recuperar la posesión del inmueble que aquél ostentare, pero la deuda subsiste.

El ofrecimiento de pago debe realizarse del deudor al acreedor, en las adecuadas condiciones de lugar y tiempo, en cantidad suficiente, con las debidas formalidades e incondicionalmente. Cualquier hora del día en que venza la deuda o el plazo de preaviso y el domicilio del deudor son circunstancias de lugar y tiempo idóneas para reputar bien hecho el ofrecimiento de pago. Este, de otra parte, ha de ser incondicional y con exhibición efectiva del dinero, si

así es requerido por el deudor. El ofrecimiento de pago no se estima correcto si lo hace un extraño o, en definitiva, alguien no facultado para ejercitar el derecho equitativo de redención. Finalmente, ha de dirigirse al designado para ello en la escritura de constitución de hipoteca o, a falta de expresa nominación, al acreedor o persona legalmente facultada para cobrar el crédito.

A falta de atribución hecha por el deudor, los pagos se destinan primero a satisfacer los intereses y después el capital.

Tal como quedó dicho más arriba, en la actualidad, satisfecho el crédito hipotecario, el arrendamiento, o modalidad hipotecaria de contenido equivalente que lo garantiza, concluye y queda jurídicamente extinguido. Una norma especial prevista en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, permite que el deudor que hubiere cumplido su obligación de pago pueda requerir al acreedor para que transmita sus derechos sobre la finca hipotecada a un tercero designado por el propio deudor, generalmente para garantizar una nueva deuda con distinto acreedor. Con ello se evita una doble transmisión (del acreedor al deudor y de éste al nuevo acreedor) para los supuestos escasos, en que el deudor opte por la retransmisión solemne de su derecho, en vez de preferir la extinción del derecho del acreedor mediante el sistema de recibos que introdujo la ya citada Ley de 1925.

Efectivamente, ésta declaró aplicable a toda clase de hipotecas el sistema extintorio de automática retransmisión o retrocesión del derecho hipotecado, mediante recibo de pago de la deuda endosado o incorporado al pie del título constitutivo de aquélla, siempre que se cumplan determinadas formalidades elementales, como la indicación del nom

bre de la persona que suscriba el recibo, siendo ella la - persona habilitada para dar carta de pago de la obligación. El recibo se puede extender con sujeción a la fórmula legalmente establecida al efecto. En tal caso, estamos ante el llamado recibo legal (statutory receipt). Junto a él - existe el recibo ordinario (ordinary receipt), en cuya expedición se pueden prescindir de las formalidades de texto y ubicación del que tiene carácter legal. No se comprende muy bien cuál pueda ser la utilidad del recibo legal, regulado hasta en sus más pequeños detalles, cuando un simple recibo ordinario puede ser suficiente para producir los - mismos efectos. Mayor seguridad jurídica proporciona, en definitiva, el recibo legal y, sin duda, por tal razón se ha impuesto en la práctica.

Las afecciones hipotecarias inscritas han de cancelarse en el Registro de Títulos, lo que se suele llevar a - efecto mediante recibo legal o documento similar, de acuerdo con las previsiones del Reglamento del Registro, si bien el Registrador tiene facultades para aceptar otras pruebas de haberse efectuado el pago de la deuda, que, a su juicio, sean suficientes.

La anotación registral del depósito de las escrituras solemnes de propiedad es cancelable mediante instancia del titular del derecho de retención correspondiente y devolución del certificado inmobiliario o certificado hipotecario.

Las hipotecas equitativas tienen también sus peculiaridades: retrocesión del derecho real inmobiliario o recibo de pago si es hipoteca de pertenencia legal constituida mediante depósito de los títulos. Las primeras han de notificarse al fiduciario. Si se produce "aviso cautelar" en el Registro de Títulos, ha de cancelarse.

El pago y redención de hipotecas menores y cargas equi-
tativas de carácter general deben constar, al igual que su
constitución, en el Registro Central de Cargas Inmobilia-
rias.

El acreedor hipotecario que adquiera la posesión de -
las escrituras solemnes de propiedad de la finca, como re-
fuerzo y en cuanto expresión fáctica de su derecho real de
garantía, tiene la obligación de conservarlas y restituir-
las al deudor que satisfaga íntegramente sus obligaciones -
en la fecha convenida. Si hay acreedores posteriores, el -
primero no puede restituir las escrituras al deudor sin el
consentimiento de aquellos. Solo incurre en responsabilidad
si lo hace conociendo la existencia de las posteriores, sien-
do la notificación el procedimiento más seguro de hacerle -
saber su existencia pues la simple inscripción registral no
constituye, a estos efectos, conocimiento efectivo de las -
hipotecas posteriores. La pérdida, destrucción o robo de -
los títulos, cuando el acreedor resulta culpable de estos -
hechos, faculta al acreedor para ejercitar la acción indem-
nizatoria de daños y perjuicios y de lo primero solamente,
si no media tal culpa. El acreedor, sin embargo, no queda -
privado, por razón de la pérdida de las escrituras, de su -
derecho hipotecario, siempre que el Tribunal tenga certeza
de su existencia y de la pérdida efectiva de los documentos.

Cuando el ejercicio de la facultad para redimir no pue-
de llevarse a efecto en términos amistosos por falta de -
acuerdo entre el deudor y el acreedor, aquél puede solici-
tar el amparo de los Tribunales para que se haga efectiva -
por vía judicial, si procede, la redención que el acreedor
tenía paralizada. Como regla de carácter general, el deudor
no puede emplazar al acreedor si no es ejercitando su acción
de redención. Son admisibles dos clases de acciones redento

rias, la bilateral o dirigida contra un solo acreedor y la multilateral o interpuesta contra los titulares de todas - las cargas hipotecarias existentes sobre el inmueble. La - sentencia con que se remata el procedimiento ordena que se realicen las operaciones jurídicas ya conocidas, que hacen efectiva la redención. Si hay varios acreedores hipoteca - rios y la redención que se pretende es total, la sentencia dispone que el segundo, en cuanto primer cesionario del de - recho equitativo de redención, ocupe la posición del deu - dor, para que, previo pago de lo adeudado al acreedor, lle - ve a efecto la redención; si no lo hace, su derecho se ex - tingue. Este procedimiento se repite con todos los acreedo - res posteriores, que deben redimir las cargas anteriores - si no quieren perder su derecho. Finalmente, el deudor só - lo puede redimir satisfaciendo la totalidad de lo que, por razón de todas las cargas hipotecarias, responda la finca.

Con una visión conceptual más amplia, nuestra legisla - ción y nuestra doctrina científica consideran que la extin - ción de la obligación asegurada implica inexorablemente la desaparición de la hipoteca, salvo los efectos derivados - de la fé pública registral a favor del tercer cesionario - de un crédito hipotecario extinguido, pero formalmente sub - sistente en el Registro y que no hubiere prescrito. El art. 144 de la Ley Hipotecaria atribuye al pago, a la compensa - ción, a la novación, etc., del crédito asegurado el efecto de destruir la eficacia de la obligación hipotecaria, pro - vocando la consiguiente extinción del derecho real, y la - procedente cancelación total o parcial de su inscripción o asiento (ROCA SASTRE; op. cit., IV, 2º pág. 1.103 y 1.104).

Es evidente, que el Derecho inglés se mueve dentro de análogas coordenadas aunque la exposición doctrinal de sus autores suele girar exclusivamente en torno al supuesto ti - po, que es el del pago.

Según el art. 79 de la Ley Hipotecaria, podrá pedirse y deberá ordenarse la cancelación total de una inscripción "cuando se extinga ... por completo el derecho inscrito". De conformidad con el artículo 179 del Reglamento Hipotecario, para obtener tal cancelación una vez extinguida la obligación garantizada, es preciso que la consienta el titular de la hipoteca mediante la oportuna escritura pública o la decrete la autoridad judicial competente, mediante ejecutoria que es un equivalente de la acción redentoria inglesa. La escritura pública es un requisito formal necesario que no tiene paralelismo en Derecho inglés, puesto que incluso respecto a las afecciones hipotecarias o hipotecas inscritas en el Registro de Títulos, aparte del recibo legal como medio solemne de acreditar el pago, el Registrador tiene facultades para aceptar otras pruebas de haberse efectuado aquél, que, a su juicio, sean suficientes.

De todos modos se ha de insistir en la idea de que no sólo en el sistema inglés, sino también el español, es el pago lo que extingue la obligación y su accesorio que es la hipoteca. Lo demás son formalidades probatorias y depuradoras del Registro.

Condonando la deuda se libera también su garantía. Para que la condonación sea vinculante ha de hacerse a título oneroso o, en caso contrario, es decir, si es a título gratuito, en forma solemne. Aquélla, puede ser tácita y verbal, esta última acompañada de la restitución de los títulos solemnes de propiedad. La liberación de la garantía, institución distinta de la condonación, se suele hacer mediante acuerdo entre acreedor y deudor, a fin de permitir a éste la disposición de todo o parte de la finca hipotecada

da. El recibo cuando hay pago parcial y la escritura de renuncia, en otro caso, son formalidades necesarias para la liberación

En nuestro Ordenamiento jurídico, el acreedor hipotecario puede renunciar al derecho de hipoteca, comprendiendo o no en ella el crédito. La renuncia unilateral es posible en base al rt. 6º, 2 del Código civil, mientras no se contraríen el interés o el orden público ni se perjudique a terceros. No es necesario que la renuncia de la hipoteca sea aceptada, pero debe ser hecha de un modo expreso, pues no cabe renuncia tácita y menos presunta. Anotemos que la condonación inglesa, con efectos hipotecarios, puede ser tácita y verbal, lo que constituye una agilidad formal desconocida y aún incompatible con el rígido formalismo del Derecho español.

Con relación a la deuda en sí misma considerada, la renuncia del acreedor es ineficaz a menos que desemboque en condonación. Ahora bien, las facultades reales del acreedor hipotecario pueden modificarse en virtud de "renuncia", supuesto que el renunciante sea conocedor de aquellas facultades y consciente del acto que realiza. La renuncia-modificación puede ser explícita o implícita. Los Tribunales no se muestran proclives a apreciar con generosidad la existencia de la renuncia implícita; una simple omisión u otros hechos similares no se consideran constitutivos de su existencia, a menos que de ellos se pueda inferir claramente la intención de renunciar. Un supuesto muy común, --que cabe citar a modo de ejemplo, de renuncia o modificación, es el de la sustitución de la garantía, es decir, de subrogación real de la misma, en virtud de pacto.

También en nuestro sistema el mutuo acuerdo de las -

partes interesadas puede producir la extinción de la hipoteca. Este caso no es igual al del acreedor que renuncia, aceptando o asintiendo el propietario, sino que puestos de acuerdo los dos dejan sin efecto la hipoteca constituida. Según razona ROCA SASTRE (op. cit.; IV, 2º, pág. 1.106) de hecho resultará que, generalmente, la renuncia responderá a un acto de liberalidad del renunciante, siéndole aplicable las normas de las donaciones, es decir, se tratará de una condonación; en cambio, la extinción de la hipoteca por mutuo acuerdo, generalmente será el resultado de ciertas contraprestaciones, o bien una consecuencia de haberse cubierto con otras garantías el crédito asegurado, es decir, una subrogación pactada. En suma, sin perjuicio siempre de la mayor agilidad formal del Derecho inglés, esta modalidad extintiva es muy semejante en ambos sistemas hipotecarios.

En Derecho español, la hipoteca se extingue por confusión de derechos al reunirse ambas titularidades, la del inmueble gravado y la de la hipoteca, en una misma persona. Es un caso clásico de extinción automática de los derechos reales, los cuales quedan absorbidos por el dominio, concebido éste como haz y síntesis de todas las facultades de señorío que pueden tenerse sobre una cosa; así lo establece el Código civil, en materia de usufructo, en el número 3º del art. 513 y lo declaran, respecto de la hipoteca, las resoluciones de 28.3.1889 y 19.1.1914; concretamente, esta última declaró que la adjudicación "de la finca sobre la que se hallaba constituida hipoteca a favor del mismo (acreedor) extingue ésta por ministerio de la ley y, por consiguiente, ha podido hacerse constar tal extinción en el Registro, aún sin necesidad de la cancelación que expresamente se otorga en la escritura objeto del recurso..."

ROCA SASTRE (op. cit.; IV, 2º, pág. 1.111) hace la sal

vedad, sin embargo, de que la confusión no siempre va acompañada de la extinción del crédito, pues cabe que el deudor y el propietario gravado sean distintas personas, lo que - ocurrirá cuando se trate de un tercer poseedor o de un hipotecante por deuda ajena. Y añade, sin precisar más, que, no obstante, existen algunos casos en que tal extinción por - confusión no opera de un modo absoluto, produciéndose posibles supuestos de hipoteca de propietario.

Esta posibilidad límite dentro del sistema hipotecario español, vagamente formulada por uno de nuestros más caracterizados autores, constituye en Derecho inglés, un supuesto normal y aún preferente a la extinción de la hipoteca - por confusión.

En el Ordenamiento inglés, la confusión de pertenencias tenía lugar, en el ámbito del Derecho común, cuando su titularidad de carácter legal recaía en una misma persona. La pertenencia legal de menos amplitud se confundía, quedaba absorbida por la de mayor contenido. Según la Equidad, - la confusión dependía de la intención de quienes resultaban afectados por el acto que podía dar lugar a ella, criterio que ha pasado, con valor general, al Derecho de nuestros días. No hay, por consiguiente, confusión de ninguna pertenencia dentro del ámbito del Derecho común cuyo titular no estuviera obligado a admitirla según las normas de la Equidad.

Con respecto a la hipoteca, la norma equitativa, consagrada con carácter general en las leyes modernas, es que la simple unión de los derechos en un mismo titular no es causa suficiente para que la confusión se produzca; es preciso valorar también la voluntad del dueño en quien se reúnen am - bos títulos.

La voluntad del dueño ha de expresarse mediante declaración o ha de poder inferirse de las circunstancias concurrentes. Dado que la voluntad puede formarse en cualquier momento en que se dé la doble coincidencia de que viva el dueño y que en él permanezcan reunidas ambas titularidades, hay que considerar las circunstancias concurrentes al producirse la unión subjetiva de derechos y las sobrevenidas con posterioridad. En cualquier caso, la voluntad ha de ser evidente.

El procedimiento más claro de evitar la confusión de derechos es una declaración expresa de voluntad hecha en el instrumento jurídico en que se efectúa la unión de la hipoteca y la pertenencia.

Cuando no hay evidencia de voluntad contraria a la confusión o la evidencia que pueda obtenerse no resulta decisiva, prima el criterio que resulte más beneficioso para el dueño de la pertenencia. Este criterio de favor o protección del dueño en cuyas manos puede producirse la confusión, se pone de manifiesto también al considerar inoperantes actos suyos que, por la forma o palabras con que se realizan, revelan que el autor desconocía sus derechos, habiendo consumado una confusión que resulta claramente adversa a sus intereses.

La posibilidad de evitar la confusión no puede perjudicar a los acreedores posteriores. Al dueño de una finca que crea sucesivas hipotecas sobre ella, no le está permitido acogerse a una primera hipoteca, que aunque pudo no extinguirse por confusión con su pertenencia, esgrimiendo su existencia y parapetándose tras sus efectos para defenderse de las legítimas pretensiones de los acreedores hipotecarios posteriores. No es este el caso del comprador del dere

cho equitativo de redención, que sea primer acreedor de la pertenencia hipotecada, el cual puede mantenerla en pie, - interponiéndola entre su pertenencia y las pretensiones de los acreedores posteriores.

En definitiva, los criterios inspiradores del Derecho inglés en materia de confusión son el de preferencia absoluta de la voluntad y del interés del titular de los derechos que pueden confundirse, siempre que el acogerse al su puesto de no confusión no se haga en fraude de acreedores posteriores. Nos parece un planteamiento mucho más racional que el de nuestro sistema, que opta por la confusión automática en aras de principios teóricos, sin tener en cuenta las legítimas conveniencias del sujeto en quien se confunden los derechos, que deberían ser atendibles siempre que - no perjudicaran a otros interesados en la misma finca.

La destrucción o pérdida del inmueble extingue la - hipoteca y también la confiscación del arrendamiento real sobre el que aquella se hubiere constituido, pero subsiste, sin embargo, la obligación personal. La destrucción de edifi cios pone en juego los mecanismos compensatorios de los seguros pactados en previsión de tales sucesos.

En formulación más amplia, pero sustancialmente coincidente con análoga causa extintoria del Derecho inglés, - ROCA SASTRE (op. cit.; IV, 3º, págs. 1.106 y sgs.) estudia la extinción de la hipoteca en nuestro Ordenamiento jurídico por la pérdida material o jurídica de la cosa hipotecada o por extinción del derecho real gravado. La destruc— ción del inmueble gravado, o el quedar el mismo fuera del comercio de los hombres, o la extinción del dominio o dere— cho real hipotecado (cumplimiento de condición resolutoria, caducidad de concesión administrativa, extinción de usu—

fructo según los casos, etc.) dejan sin base objetiva la - hipoteca constituida, provocando su extinción. En muchos de estos casos el propietario debe percibir una indemnización, la cual, por vía de subrogación real, queda sujeta a las - responsabilidades de la hipoteca. Tal ocurre cuando la pérdida de la cosa es ocasionada por siniestro asegurado o por expropiación forzosa con indemnización. *

- o - o - o -

Las causas de extinción de la hipoteca, que estudiaremos se paradamente, son éstas: redención mediante pago de la deuda (redemption), condonación (release), renuncia (waiver), confusión - de derechos (merger) y destrucción o pérdida de la garantía (destruction or loss of the property).

9.1. Redención mediante pago de la deuda (redemption).

9.1.1. Concepto.

Inicialmente -cuando la hipoteca se constituía a través de una venta o transmisión de la pertenencia plena inmobiliaria- la redención se instrumentaba por medio de una cláusula según la - cual, si el deudor hacía frente al débito en las condiciones eco - nómicas y de plazo pactadas, tenía derecho a retraer, por su - cuenta, la pertenencia que se había transmitido a los solos fi - nes de garantizar el crédito. A partir de 1925 tal estipulación expresa deja de tener justificación puesto que el pago extingue el arrendamiento real creado para asegurar el recobro del présta mo: la confusión de derechos (surrander) en el arrendador es au - tomática. No obstante, a fin de perfeccionar inicialmente el con - trato arrendaticio de garantía, delimitando los derechos de am - bos contratantes en el ámbito temporal, se incluyen previsiones indicando que el arrendamiento real hipotecario cesará en la fe - cha fijada, que suele ser muy remota, (v. 3.1.1. del presente ca - pítulo) y no coincidente, obvio es decirlo, con la fecha que se pacta para el pago de la deuda.

Asimismo, ya sabemos (v. 2., precedente) que, en el ámbito del Derecho común y cualquiera que fuera la modalidad hipoteca - ria constituida, el impago de la deuda originaba la transforma - ción de la pertenencia adquirida por el acreedor en un derecho - absoluto e irredimible. La Equidad intervino, no obstante, pa - -- liando, como siempre, el rigor de las normas del Derecho común; para ello facultó al deudor para cancelar después de la fecha fi

Hay, por lo tanto, dos distintas facultades para redimir la hipoteca: la legal, en la fecha convenida, y la equitativa, para después de dicha fecha. La facultad equitativa para redimir (equitable right to redeem), que sólo existe después de haberse extinguido, por transcurso del plazo, la facultad legal, no debe confundirse con el derecho equitativo de redención (the equity of redemption). De esta distinción ya nos hemos ocupado en otro lugar (v. 2.2. de este capítulo).

9.1.2. Plazo para el ejercicio del derecho.

Aún en el supuesto de préstamos hipotecarios amortizables - mediante pagos iguales en su cuantía y periódicos en su vencimiento (by instalments), la hipoteca es, generalmente y según pacto, redimible a los seis meses de la fecha de su constitución. Transcurrido el plazo, el deudor está ya obligado a amortizar y si no lo hace, surge la facultad equitativa para redimir (equitable right to redeem) y la opuesta del deudor para extinguirla - (foreclosure).

La hipoteca no puede redimirse antes de la fecha pactada, - si es que el acreedor se opone a ello (Brown v. Cole, 1845; Harding v. Tingey, 1864). No puede oponerse, sin embargo, si antes de que transcurra el plazo convenido adopta medidas orientadas - al recobro del crédito, como el ejercicio de la facultad posesoria (v. 7.4.6. precedente) (Bovill v. Endle, 1896).

También cabe pactar que la redención pueda realizarla el - deudor en cualquier momento, pagando, además del capital, tres - meses, por ejemplo, de intereses o mediante un preaviso, sin perjuicio de una fecha fija de vencimiento para el caso de que se - omita el ejercicio de tales facultades. Las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para Viviendas (Building Societies) pactan, a veces, que el deudor estará obligado a cancelar el préstamo ofre-

ciéndosele la oportunidad de constituir uno nuevo, siempre que el tipo de interés varíe durante la vigencia del contrato.

Es oportuno recordar aquí algo de lo dicho en otro lugar (v. 6.1. del presente capítulo). La facultad de cancelar la hipoteca, que asiste al deudor, no puede renunciarse íntegramente, pero si es lícita la posposición de su ejercicio durante un cierto plazo. En suma, es nula la irredimibilidad perpétua, pero no la temporal. Siempre que el pacto en cuya virtud se convenga esta última respete lo que la hipoteca es en esencia, y si no se establece en términos opresivos e injustos para el deudor, los Tribunales lo reputan válido (Knightsbridge Estates Trust, Ltd. v. Byrne, 1938). - Por el contrario, la hipoteca queda desnaturalizada si el derecho de redención, en virtud del pacto de posposición, se torna meramente ilusorio; tal ocurre si la hipoteca recae sobre un derecho real de corta duración -por ejemplo, un derecho real vitalicio- y se pacta su irredimibilidad hasta que -o casi- se consolide con el derecho futuro expectante (remainder) en cuyo momento se extinguirá. La imposición de restricciones al libre tráfico comercial en que consista la peculiar actividad del deudor, ligada a la posposición del derecho a redimir la hipoteca, es motivo de nulidad de tal cláusula (Esso Petroleum Co., Ltd., v. Harper's Garage - (Stourport), Ltd., 1968).

El segundo acreedor hipotecario, que constituye su derecho - con conocimiento de la existencia de la cláusula pospositoria, - queda asimismo obligado por ella; durante el periodo pactado no - puede exigir su cancelación (Mehrban Khan v. Makhna, 1930). E incluso desconociendo su existencia se puede argumentar que también queda vinculado por el pacto puesto que el deudor no pudo transmitirle una facultad a cuyo ejercicio había renunciado temporalmente. La regla contra perpetuidades (v. 5.3.2., parte II, capítulo III) ha sido declarada inaplicable a las cláusulas de posposi --

ción de la facultad cancelatoria (Knightsbridge Estates Trust, - Ltd. v. Byrne, 1939).

Tal como quedó apuntado más arriba, el derecho de redención es irrenunciable en virtud de acuerdo adoptado al constituirse - la hipoteca (Fairclough v. Swar Brewery Co., Ltd. 1912). "Lo pactado como hipoteca es siempre hipoteca" (once a mortgage, always a mortgage). Consiguientemente, es nulo, entre otros, el pacto - que limita el plazo para la cancelación de la hipoteca a la vida del deudor (Howard v. Harris, 1583) o circunscribe su ejercicio exclusivamente a determinada persona, como el deudor constituyente de la carga, y no sus herederos (Salt v. Marquess of Northampton, 1892).

El planteamiento difiere totalmente respecto a los convenios establecidos después de constituida la hipoteca. El deudor puede vender al acreedor su derecho de redención, con carácter definitivo (Reeve v. Lisle, 1902). Lo convenido, eventualmente, sería nulo si se apoyase en una maquinación fraudulenta del - acreedor, pactando, por ejemplo, un precio nominal, a todas luces insuficiente, o se hubiere hecho en circunstancias de agobio para el deudor.

Las prestaciones adicionales (collateral advantages) a las que, eventualmente, se obligue el deudor, emanadas del propio - contrato en el que la hipoteca se constituya, son eficaces sólo mientras la hipoteca subsiste y dejan de serlo cuando se cancela. En todo caso, son nulas si entrañan injusticia para el deudor, - pueden calificarse de opresivas, dadas las circunstancias de agobio en que se produzcan, constituyen una sanción obstaculizadora al ejercicio del derecho de redención o de alguna manera son incompatibles con esta facultad.

9.1.3. Titulares del derecho de redención.

La facultad para redimir la hipoteca constituye una secuela

del derecho que el deudor hipotecario conserva sobre la finca - hipotecada. Es ejercitable por él y por quienes le sucedan en la plenitud de sus derechos sobre el predio, tanto por acto "inter vivos" como "mortis causa". Asimismo, pertenece también a quienes tienen solamente un derecho parcial en la propiedad como ocurre en los casos de condominio, en los que cualquiera de los condminos puede cancelar la totalidad de la deuda, extinguiendo íntegramente el gravamen (Marquiss of Cholmondeley v. Lord Clinton, 1820; Waugh v. Land, 1815; Hall v. Heward, 1886).

Cuando, en virtud de posesión adversa al derecho del deudor hipotecario, pero no al del acreedor, pierde aquél su derecho - por prescripción extintiva, naciendo, en su sustitución, uno nuevo en favor del usurpador (v. 3., parte IV, capítulo III), se produce un efecto parangonable al de la cesión "inter vivos" del derecho equitativo de redención y de la correspondiente facultad para redimir: el usurpador la adquiere y puede ejercitarla (Fletcher v. Bird, 1896).

Un acreedor posterior tiene facultad para redimir la hipoteca anterior, pero su derecho a liberar la carga hipotecaria que pesa sobre la finca no es, como el del deudor, de carácter absoluto. Ningún acreedor posterior puede redimir una hipoteca anterior sin ejercitar antes el derecho a extinguir el que tiene el deudor para redimir la hipoteca de la que él es titular (acción comisoría) (foreclosure) (v. 7.3.3. precedente). Asimismo, en la ejecución de un crédito no hipotecario, el acreedor que traba, - ejecuta la finca hipotecada y adquiere su propiedad, puede ejercitar la facultad de redimir la hipoteca que la grava.

El cónyuge que ocupa la vivienda común, aunque no sea dueño de ella, al amparo de lo dispuesto en la Ley del Domicilio Conyugal (Matrimonial Homes Act) de 1967, puede hacer válidamente - cualquier pago por razón de hipoteca que grave la finca, con facultad para llegar a la cancelación total de la carga.

9.1.4. La redención de las hipotecas constituidas por las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para Viviendas.

La facultad de los prestatarios para cancelar las hipotecas que estas Asociaciones les conceden, es, en esencia, la misma - que corresponde a todo prestatario (Provident Permanent Building Society v. Greenhill, 1878); su configuración se hace en la escritura de hipoteca y en las normas reglamentarias de la Entidad prestadora. Efectivamente, la Ley de 1962 (Building Societies Act) que establece el régimen jurídico de estas Entidades, las - autoriza para regular, a través de sus Reglamentos, las condiciones en que los prestatarios pueden efectuar la cancelación. Quizá esto sea así porque un socio-prestatario no es un simple deudor, estando, además, sujeto a las variaciones que aquellas normas puedan experimentar, incluso cuando ello entraña la posposición de su derecho a cancelar (Bradbury v. Wild, 1893).

Como ya sabemos (v. 4.17, anterior) las A.A.P.V. son de duración determinada (terminating) o de duración indefinida (permanent) según que, de conformidad con sus normas estatutarias, se extingan en fecha determinada o al alcanzar un objetivo previsto o se constituyan para desarrollar sus actividades con carácter permanente.

En lo concerniente a la cancelación de las hipotecas a favor de sus socios, y dado el carácter mutuo que tales Entidades ostentan, hay diferencias muy notables entre ambas clases de A.A.P.V. En las de duración indefinida y en las de duración determinada según fecha fija, la hipoteca garantiza el pago de capital, intereses, primas o comisiones según lo determinado en las normas reglamentarias, y otros pagos, como multas o intereses de demora, también especificados en dichos preceptos. Pero si la A.A.P.V. es de duración determinada, no con arreglo a una fecha

fija sino en función de un evento de realización segura pero en momento incierto, el cálculo de las obligaciones del socio-prestatario es sumamente complicado. Se hace en base a criterios técnicos y estimativos, de acuerdo con la posible duración de la Entidad, e incluyendo entre los pagos que es preciso realizar para cancelar la hipoteca los que habría de realizar el deudor en función de las indicadas previsiones de futuro sobre la vida de la Entidad (Mosley v. Baker, 1848).

Llegado el momento de la disolución de la sociedad, los socios-prestatarios no están obligados a liquidar el saldo pendiente de sus créditos, sin perjuicio de lo que se hubiere pactado en las escrituras de hipoteca. Pueden, sin menoscabo de esta excepción, continuar pagando mediante plazos, si así se hubiere convenido al constituirse la hipoteca (Kemp v. Wright, 1895).

9.1.5. Pago de la deuda.

Como ya sabemos, el pago de la deuda garantizada con la hipoteca, que se hubiere omitido en la fecha pactada, no puede hacerse después sin dar al acreedor un preaviso, que se estima bastante si es de seis meses (Cromwell Property Investment Co., Ltd. v. Westem and Toovey, 1934). Puesto que el deudor hace ya uso de la facultad equitativa para llevar a efecto la redención, ha de comportarse equitativamente con el acreedor y darle la oportunidad de buscar una nueva inversión para su dinero. El pago inmediato de seis meses de intereses se considera en la práctica, equivalente al preaviso (Browne v. Lockhart, 1840; Johnson v. Evans, 1889).

El preaviso de pago pierde su significado, y puede omitirse, si el acreedor reclama, judicial o extrajudicialmente, la satisfacción de su crédito, o toma posesión de la finca (Smith v. Smith, 1891; Edmondson v. Copland, 1911; Bovill v. Endle, 1896; Bishop v. Fowler, 1922). Por el contrario, cuando se ha dictado -

sentencia en un procedimiento para la extinción del derecho equitativo de redención (acción comisoria) especificando una fecha determinada para el pago y la redención, el deudor no puede anticiparla sin pagar los intereses correspondientes al periodo que quede por transcurrir hasta la fecha fijada judicialmente (Hill v. Rowlands, 1897).

No siempre es necesario el preaviso o el pago sustitutorio de intereses. Tal sucede con las hipotecas equitativas constituidas mediante depósito de las escrituras de propiedad, acompaña — das o no de memorandum, por estimarse que esta modalidad de ga — rantía real es de naturaleza completamente transitoria (Fitzge — rald's Trustee v. Mellersh, 1892).

Un segundo pago de intereses o un nuevo preaviso son, alternativamente, necesarios si tampoco se produce la amortización en la fecha fijada por el deudor (Bartlett v. Franklin, 1867; Levy v. Sewill, 1885).

Si el acreedor rehusa aceptar el ofrecimiento (tender) de — pago que, en sus debidos términos, le dirija el deudor, éste puede recuperar la posesión del inmueble que aquél ostentare, pero la deuda subsiste. Los intereses dejan de producirse desde la fecha en que se ofrece el pago efectivo de la totalidad de lo adeu — dado (Rourke v. Robinson, 1911; Edmondson v. Copland, 1911; Gra — ham v. Seal, 1918). Si hay algún procedimiento pendiente sobre — la amortización de la deuda, el pago ha de hacerse ante el Tribu — nal que conozca del pleito.

El ofrecimiento de pago debe realizarse del deudor al acree — dor, en las adecuadas condiciones de lugar y tiempo, en cantidad suficiente, con las debidas formalidades e incondicionalmente.

La fijación contractual de especiales circunstancias de lu — gar y tiempo para el pago de la deuda hipotecaria no es, en la —

actualidad, pacto frecuente. Por ello, cualquier hora del día en que venza la deuda o el plazo de preaviso, es válido para la amortización del crédito. La finca hipotecada, asimismo a falta de pacto, no es "per se" (caso de que en ella no esté el domicilio del deudor) el lugar en que el pago haya de consumarse puesto que no se trata de una renta o fruto del inmueble (Phipps v. Earl of Anglesea, 1721). Tal como se ha insinuado, el domicilio del deudor es, en términos generales, el lugar idóneo para que el ofrecimiento de pago se considere válido.

La exhibición efectiva del dinero no puede soslayarse a menos que al acreedor le baste la afirmación que de su disponibilidad hagan el deudor o su agente (Powney v. Blomberg, 1844; Dickinson v. Shee, 1801; Thomas v. Evans, 1808). La oferta de pago ha de ser, de otra parte, incondicional; es decir, sin que entrañe merma alguna de la facultad a obtener satisfacción pecuniaria inmediata que asiste al acreedor. No hay tal incondicionalidad si el deudor previamente a su pago, se reserva la facultad de revisar la cuantía de la deuda, en sus diversos conceptos de capital, intereses y costas (Greenwood v. Sutcliffe, 1892).

Las personas facultadas para redimir la hipoteca, a las que ya nos hemos referido en este mismo apartado (v. 9.1.3.), son las que, a su vez, están habilitadas para hacer el ofrecimiento de pago. Este no se estima correcto si lo hace un extraño o, en definitiva, alguien no facultado para ejercitar el derecho equitativo de redención (Pearce v. Monis, 1869; Ward v. Carttar, 1865).

El ofrecimiento de pago, finalmente, ha de dirigirse al designado para ello en la escritura de constitución de hipoteca o, a falta de expresa nominación, al acreedor o persona legalmente facultada para cobrar el crédito y volver a transmitir a su titular inicial, si preciso fuere, la pertenencia que lo garantizaba (Cliff v. Wadsworth, 1843).

La aplicación que haya de darse a las cantidades que se satisfagan por razón de hipoteca se rige, en primer lugar, por lo que expresamente manifieste el deudor contra cuya voluntad no puede actuarse válidamente (Mills v. Fowkes, 1839; Hammersley v. Knowlys, 1798; Simson v. Ingham, 1823). A falta de atribución hecha por el deudor, los pagos se destinan primero a satisfacer los intereses y después el capital (Chase v. Box, 1702; Pan's Banking Co. v. Yates, 1898; Wrigley v. Gill, 1906).

Pero si el deudor no sólo omite aplicar el pago a los diversos elementos componentes de su deuda sino a alguna de las varias obligaciones que tenga con el mismo acreedor, éste puede dar preferencia a la amortización de la que más le convenga (MacKenzie v. Gordon, 1839); no puede, sin embargo, rectificar su decisión primera (Kershaw v. Kirkpatrick, 1878), al igual que le está vedado al deudor hacer aplicaciones posteriores al pago (Wilkinson v. Sterne, 1744).

9.1.6. Formas de cancelación de la hipoteca (discharge of the mortgage).

Satisfecha la obligación, el deudor está facultado para recuperar la plena titularidad de la pertenencia que la garantizaba. De acuerdo con el sistema de constitución de hipotecas anterior a 1926, al transmitirse la titularidad de la pertenencia plena de la finca o del derecho real de garantía, como aseguramiento del crédito, era precisa, una vez atendido éste, una segunda transmisión solemne (reconveyance) o una retrocesión del derecho, en sentido inverso a la primera, para dejar equilibrada la situación patrimonial de ambos contratantes (Graham v. Seal, 1918). El pago se hacía contra la retransmisión de la finca, es decir, retrayendo su propiedad, puesto que en definitiva la garantía constituida no era sino una compraventa con pacto de retro. El deudor podía exigir la simultaneidad de ambas operaciones, así como la devolución de las escrituras solemnes acreditativas

de la hipoteca, el acreedor estaba -y está- estrictamente obligado a abstenerse de cualquier acto que pudiera impedir o menoscabar la plena recuperación de la pertenencia hipotecada por el - deudor titular de la misma (Tasker v. Small, 1837; Thornton v. - Court, 1854; Walker v. Jones, 1866; Kinnaird v. Trollope, 1888).

Asimismo, de conformidad con el antiguo sistema de constitución de hipotecas, realizado el pago sin que se produjera simultáneamente la retransmisión de la pertenencia, con todos sus - efectos, el acreedor quedaba constituido en fiduciario tácito - (constructive trustee) del deudor. El fideicomiso implícito (implied trust) derivado de esta situación tenía la finalidad de - consumir la devolución de titularidad total o parcialmente pendiente.

En la actualidad, satisfecho el crédito hipotecario, el - arrendamiento que lo garantiza concluye y queda jurídicamente extinguido.

Según se desprende de la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925, el deudor que hubiere cumplido su obligación de pago puede requerir al acreedor para que, en lugar de retransmitirle la pertenencia plena (reconveyance) o sus derechos de arrendatario (surrender), se los transmita a un tercero designado por el propio deudor, generalmente para garantizar una nueva deuda con distinto acreedor, evitándose así una duplicidad de transmisiones. El acreedor no puede negarse a obedecer el requerimiento del deudor. Esta norma también es de aplicación a - las hipotecas constituidas antes de 1926, vigentes con posterioridad, incluso aunque medie estipulación en contrario.

El deudor puede ejercitar la facultad antes indicada aún - cuando sobre la finca pese una segunda hipoteca, pero el acreedor requerido no queda exento de la obligación de notificar al - segundo acreedor la extinción de la primera hipoteca y el propó-

sito del deudor, debiendo abstenerse de satisfacer los deseos de éste sin que medie el consentimiento de aquél (Re Magneta Time - Co., Ltd., Molden v. The Company, 1915; Corbett v. National Provident Institution, 1900). Este precepto, que procede del mismo texto legal, echa sobre el primer acreedor la carga de determinar cuál de entre los varios acreedores posteriores tiene prelación para ocupar su lugar.

Tomando como precedente lo establecido en la Ley de 1836 sobre cancelación de hipotecas constituidas a favor de las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies), la del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925 declaró aplicable a toda clase de hipotecas el sistema redentorio de automática retransmisión o retrocesión del derecho hipotecado, mediante recibo de pago de la deuda endosado o incorporado al pie del título constitutivo de aquélla, siempre que se cumplan determinadas formalidades elementales, como la indicación del nombre de la persona que suscriba el recibo, siendo ella la persona habilitada para dar carta de pago de la obligación. El recibo opera extinguiendo la hipoteca, así como todas las obligaciones pecuniarias derivadas de ella.

Si del recibo resultare que la persona que satisfizo la deuda no era el titular del derecho equitativo de redención, aquél actúa como una cesión del crédito hipotecario a favor del pagador, salvo que expresamente se haga constar otra cosa, o resultare que quien realizó el pago era un fiduciario o el administrador-ejecutor de una herencia.

El recibo se puede extender con sujeción a la fórmula legalmente establecida al efecto. En tal caso, estamos ante el llamado recibo legal (statutory receipt).

La posibilidad de su obtención, en cuanto procedimiento cancelatorio simplificado, no elimina la facultad que todo acreedor

tiene para exigir una retransmisión o retrocesión formal de su derecho.

Mucho menos lo elimina el llamado recibo ordinario (ordinary receipt) en cuya expedición se pueden prescindir de las formalidades de texto y de ubicación del que tiene carácter legal. Fiscalmente, además, su obtención era más atractiva por su mayor baratura. Este diferente tratamiento ha desaparecido pues ambas modalidades documentales para la cancelación de la hipoteca están exentas de todo pago contributivo. Pero, excepto en el caso de las afecciones hipotecarias inscritas (registered charges), no es corriente que la cancelación de las hipotecas se lleve a cabo mediante recibo ordinario. A pesar de todo, no cabe desconocer la eficacia de este último en cuanto medio para la extinción de la hipoteca, pues la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925 declara que, satisfecha la deuda, no ha lugar a que subsista la carga que la garantizaba.

Hay, pues, cierta confusión en torno a la duplicidad de recibos cancelatorios de la hipoteca. No se comprende muy bien - cuál pueda ser la utilidad del recibo legal, regulado hasta en sus más pequeños detalles, cuando un simple recibo ordinario - puede ser suficiente para producir los mismos efectos.

Mayor seguridad jurídica proporciona, en definitiva, el recibo legal y, sin duda, por tal razón se ha impuesto en la práctica.

Las hipotecas constituidas a favor de las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies) pueden cancelarse de acuerdo con las previsiones de la Ley del Derecho de Propiedad (Law of Property Act) de 1925 o según lo dispuesto en su Ley específica (Building Societies Act) de 1962. En apli-

cación de ambos textos legales se expide un recibo legal, pero no es idéntico en uno y otro caso. La principal diferencia entre ambas modalidades de recibo consiste en que el expedido en aplicación de las previsiones contenidas en la Ley de 1962, no refleja el nombre de la persona que satisface el crédito hipotecario, razón por la cual no puede operar como cesión del mismo a favor de quien efectue el pago sin ser el deudor.

El recibo estatutario extingue la facultad del acreedor de poner en tela de juicio la suficiencia del pago efectuado y libera al deudor de toda responsabilidad derivada de la deuda (Harvey v. Municipal Permanent Investment Building Society, 1884; London County United Building Society v. Angell, 1896).

Las afecciones hipotecarias inscritas (charge registered), - constituidas al amparo de la Ley de Cargas Inmobiliarias (Land Registration Act) de 1925, han de ser canceladas en el Registro donde constan inscritas, mediante traslado, a él dirigido, de haberse efectuado el pago. Por lo común, el documento que se traslada al Registro, y que sirve de base para la cancelación, es un recibo legal u otro documento similar expedido con arreglo al Reglamento del Registro (Land Registration Rules) de 1925, si bien el Registrador tiene facultades para aceptar otras pruebas de haberse efectuado el pago de la deuda, que, a su juicio, sean suficientes.

La anotación (notice) (v. 4.2.8., parte IV, capítulo III) del depósito de las escrituras solemnes de propiedad, en cuanto medio de constitución de una garantía real, puede ser cancelada en el Registro mediante solicitud escrita firmada por la persona titular del derecho de retención creado de aquella manera, acompañada del certificado inmobiliario (land certificate) o el certificado hipotecario (charge certificate) (v. 3.2.3. precedente).

A las hipotecas equitativas no es aplicable el sistema redenttorio del recibo legal. Si se trata de la hipoteca equitativa de un derecho real inmobiliario, es precisa una retrocesión del derecho. Caso de que sea una hipoteca equitativa constituida mediante el simple depósito de los títulos, basta un recibo de pago, que - debe ser endosado al memorandum o escritura constitutiva, cuando estos documentos se otorgan.

El pago y redención de las hipotecas menores (puisque mortgages) y las cargas equitativas de carácter general (general equitable charges) (v. 4.1.1.1.; parte IV, capítulo III) deben constar, al igual que su constitución, en el Registro Central de Cargas Inmobiliarias.

Asimismo, la cancelación de las hipotecas sobre los derechos reales inmobiliarios debe notificarse al fiduciario. Si se produce algún "preaviso cautelar" de tales derechos en el Registro de Títulos, ha de procederse a su cancelación.

Todas las cargas hipotecarias, en general, pueden cancelarse en virtud del pertinente mandamiento judicial que así lo ordene, basado en sentencia firme dictada en juicio seguido sobre su existencia o validez.

9.1.7. Redención mediante consignación judicial (discharge under overreaching powers) y órdenes judiciales de adjudicación (vesting orders).

En el caso de que un inmueble gravado con una hipoteca, inmediatamente realizable o no, sea objeto de compraventa o permuta, con intervención judicial, el Tribunal bajo cuyo control se realice la operación puede, a petición de quien compre o permute, autorizar el pago, ante el propio Tribunal, de la suma que a juicio - de éste sea suficiente para cancelar la carga y satisfacer los in

tereses y costas correspondientes. Cumplidos estos requisitos, - la autoridad judicial puede declarar el inmueble libre de la carga hipotecaria, emitiendo una decisión judicial para su transmisión o adjudicación, y para la aplicación del importe de la carga, a través del pago o inversión, si preciso fuere, de la cantidad satisfecha (Re Uplands, 1948).

Puesto que el recibo de haber satisfecho la obligación es - prueba suficiente de la extinción del derecho real hipotecario, una orden judicial devolviendo o confirmando de nuevo el derecho objeto de garantía a su titular sólo es necesaria en muy contados casos. Esto ocurre cuando un fiduciario es, además, acreedor hipotecario o lo es un enfermo mental. En tales supuestos son de aplicación la Ley de Fiduciarios (Trustee Act) de 1925 y la Ley de Salud Mental (Mental Health Act) de 1959. La dificultad insalvable para que el o los fiduciarios den recibo de cancelación de la carga se supera mediante una orden de adjudicación. La misma posibilidad existe si el acreedor es un enfermo mental y no hay otro medio para hacer efectiva la liberación de la hipoteca. En ambos casos, el Juez, en el ejercicio de su función pública, protege los intereses indefensos, subrogándose en el lugar de sus titulares y al propio tiempo hace factible el desenlace de la relación jurídica hipotecaria, liberando al deudor que cumple de toda responsabilidad personal y real por razón de ella.

9.1.8. Restitución de las escrituras solemnes de propiedad (delivery of the deeds).

El acreedor hipotecario que adquiriera la posesión de las escrituras solemnes de propiedad de la finca hipotecada, como refuerzo y en cuanto expresión fáctica de su derecho real de garantía, tiene la obligación de conservarlas y restituírlas al deudor que satisfaga íntegramente sus obligaciones en la fecha con-

venida (Lord Middleton v. Eliot, 1847; Corbett v. National Provident Institution, 1900). El deudor tiene acción para hacer efectivo este derecho, aun cuando la hipoteca haya pasado a un tercero, en virtud de cesión del acreedor (Dobson v. Land, 1850).

Si hay acreedores posteriores, el acreedor satisfecho no puede restituir las escrituras al deudor sin el consentimiento de aquéllos. No obstante, el primer acreedor no incurre en responsabilidad ante los acreedores posteriores por el hecho de restituir escrituras al deudor, a menos que tenga conocimiento efectivo de que existe una segunda hipoteca. La simple inscripción registral de la segunda hipoteca no constituye, para el primer acreedor, conocimiento efectivo de su existencia, pero aún así hay sólidas razones que aconsejan la consulta al Registro de Cargas antes de devolver las escrituras al deudor.

Caso de que las escrituras se destruyan, pierdan o roben estando en custodia del acreedor o de su representante, el Tribunal competente puede ordenar una investigación acorde con las circunstancias, a modo de incidente dentro de un procedimiento de redención de hipoteca (redemption action) (v. posterior 9.1.10) o de acción extintiva del derecho equitativo de redención (foreclosure action) (v. 7.3.3. precedente), a fin de esclarecer los hechos (Smith v. Bicknell, 1810; Stokoe v. Robson, 1814; Bentinck v. Willink, 1842). Caso de que se acredite la pérdida, destrucción o fraudulenta disposición por el acreedor o su representante, el deudor dispone de acción contra ellos para que le indemnicen los daños y perjuicios causados (James v. Rumsey, 1879; Caldwell v. Mathews, 1890). La acción solo posibilita el resarcimiento de los daños pero no de los perjuicios cuando se demuestra que la pérdida se produjo sin culpa del acreedor o de su representante; tal es el caso de robo a pesar de las precauciones racionales tomadas para evitarlo (Jones v. Lewis; 1751; Woodman v.

Higgins, 1850). De todos modos, el Tribunal puede conceder la indemnización por perjuicios si es de justicia, en función de las circunstancias del caso. El acreedor, sin embargo, no queda privado, por razón de la pérdida de las escrituras, de su derecho hipotecario, siempre que el Tribunal tenga certeza de su existencia y de la pérdida efectiva de los documentos (Baskett v. Skell 1863).

La acción del deudor contra el acreedor responsable de la pérdida se extiende a la exigencia de que facilite cuantas copias o reproducciones de los documentos perdidos obren en su poder.

9.1.9. Pérdida del derecho equitativo de redención (loss of the right of redemption).

El derecho de redención se extingue mediante su ejercicio (redemption itself), cesión que de la facultad haga el deudor en favor del acreedor (release), ejercicio de la facultad de venta (power of sale) o de la acción extintoria del derecho (foreclosure action) que están atribuidas al acreedor y por prescripción extintiva (limitation) de acuerdo con las previsiones de la Ley (Limitation Act) de 1939. Todas estas modalidades han sido ya objeto de estudio, excepto la cesión de la facultad hecha por el deudor en favor del acreedor (release) y la prescripción extintiva (limitation).

A pesar de que es nula toda estipulación que, en la escritura solemne de hipoteca, otorgue al acreedor un derecho de opción a la compra de la finca hipotecada, por estimarse un entorpecimiento (a clog) al ejercicio del derecho equitativo de redención, no hay obstáculo alguno a que el deudor se desembarace de la deuda.

da cediendo al acreedor su derecho a cancelarla, ya que un acto de esta naturaleza es plenamente voluntario y no tiene nada de leonino por cuanto es posterior al otorgamiento de la escritura solemne de hipoteca.

La Ley de Prescripción Extintiva establece que si el acreedor de una hipoteca inmobiliaria se mantiene en posesión del inmueble durante un periodo de doce años, no se puede dirigir contra él acción alguna para la redención de la carga ni por el deudor ni por quien traiga causa de él. No obstante, en la es-critura de hipoteca puede insertarse una cláusula para hacer posible la redención más allá del plazo legal de los doce años - (Alderson v. White, 1858).

Como complemento, la Ley de 1939 señala que si el acreedor en posesión del inmueble hipotecado recibe cualquier suma por -razón de capital o intereses, o reconoce el título del deudor o su derecho equitativo de redención, la acción redentoria puede ejercitarse antes de que transcurran doce años contados desde - la fecha del pago o reconocimiento.

Obsérvese, no obstante, que la prescripción extintiva sólo se produce si el acreedor entra en posesión del inmueble y continúa en ella durante la totalidad del plazo. El plazo empieza a contarse, en principio, desde la fecha de comienzo de la po-sesión.

El efecto del transcurso del plazo es la extinción del tí-tulo del deudor sobre el inmueble (Young v. Clarey, 1948). Por ello, si el acreedor vende después de consumada la prescripción, puede hacer suyo el precio en su integridad.

Si el acreedor hipotecario cuya garantía sea la pertenencia plena en posesión, adquiere un título sobre ella al amparo

de la Ley de Prescripción Extintiva, puede transformar (to enlar ge) su derecho arrendaticio real o pertenencia menos plena, en - pertenencia plena, al amparo de la facultad legal que, a tal - efecto, le reconoce la Ley del Derecho de Propiedad de 1925, la cual le permite, asimismo, declararla libre de cualquier otra - hipoteca legal que pueda afectar al título adquirido de este modo. De igual forma, cuando la prescripción se produce sobre la - base de una afección en pago con fuerza de hipoteca legal, el - acreedor puede declarar, en escritura solemne, que la pertenencia plena se le adjudica libre de las indicadas hipotecas, produciendo este documento el mismo efecto. Asimismo, cuando el acreedor, cuya garantía sea una pertenencia menos plena o derecho real arrendaticio, se beneficie de la prescripción extintiva, puede - otorgar la escritura de transformación o la de declaración adjudicatoria a su favor, adquiriendo la titularidad de la pertenencia menos plena o derecho real arrendaticio de la que sólo era - subarrendatario en virtud de hipoteca, extinguiendo al mismo - tiempo toda otra hipoteca legal sobre la finca. Si se trata de - una afección hipotecaria inscrita, la extinción del derecho equitativo de redención se hace constar mediante una declaración del acreedor, con arreglo a modelo oficial, que surte efectos en el Registro de Títulos.

9.1.10. Acción para el ejercicio del derecho de redención (Redemption Action).

Cuando el ejercicio de la facultad para redimir no puede - llevarse a efecto en términos amistosos, por falta de acuerdo entre el deudor y el acreedor, aquél puede solicitar el amparo de los Tribunales para que se diluciden los aspectos conflictivos - en que se centre la discrepancia, haciéndose efectiva por vía judicial, si procede, la redención que la falta de cooperación del acreedor tenía paralizada.

Como regla de carácter general, el deudor no puede emplazar al acreedor ante los Tribunales si no es ejercitando su acción de redención (Tasker v. Small, 1837; Jefferys v. Dickson, 1866; National Bank of Australasia v. United Hand-in-Hand, etc., Co. - 1879) y ello previo ofrecimiento, expreso o tácito, de cancelación de la carga.

Se ha dicho alguna vez que, cuando la acción para redimir la hipoteca se dirige contra un acreedor, la petición o "petitum" de liberación de la carga (prayer for relief) es la misma cosa - que la petición de liberación o redención total de la finca (prayer for redemption) puesto que ésta es la verdadera y completa liberación, al entrañar, al igual que la acción comisoría (v. 7.4.3. precedente), la extinción de todas las cargas hipotecarias existentes sobre el inmueble y no sólo aquélla cuya cancelación extrajudicial no era posible. De acuerdo con esta opinión, a cualquier acción con que se pretenda la redención de una hipoteca hay que darle el tratamiento correspondiente a la que va encaminada a la liberación total del inmueble (Cholmley v. Countess of Oxford, 1741; Palk v. Clinton, 1805). Es ésta, sin embargo, - una opinión que no ha prosperado en la jurisprudencia posterior (Murugasar Marimuttu v. De Soysa, 1891) ni en la práctica judicial presente. Son, por lo tanto, admisibles dos clases de acciones redentorias, la bilateral o dirigida contra un solo acreedor y la multilateral o interpuesta contra los titulares de todas las cargas hipotecarias existentes sobre el inmueble.

En este segundo supuesto, todas las personas que tengan facultad para redimir la carga (v. 7.4.3. precedente) han de constituir necesariamente un litis-consorcio pasivo como consecuencia del ejercicio de la acción redentoria que, en esta modalidad, no es sino el reverso de la acción comisoría.

La sentencia con que se remata el procedimiento, cuyo conocimiento es competencia, según la cuantía, de los Tribunales de Condado (County Court) y del Alto Tribunal de la División de la Cancillería (High Court of the Chancery Division), normalmente dispone que se practique la liquidación de lo debido al acreedor hipotecario, ordenando que el deudor lo satisfaga en el plazo de seis meses desde la fecha en que el Secretario u Oficial del Tribunal expida el certificado de la liquidación practicada; su puesto que lo ordenado se cumpla, la sentencia manda al acreedor que ceda (surrender) su derecho al deudor o le dé un recibo legal (statutory receipt) de pago, devolviéndole, al propio tiempo, las escrituras solemnes de propiedad de la pertenencia hipotecada.

Si hay varios acreedores hipotecarios y la redención que se pretende es total, la sentencia dispone que el segundo, en cuanto primer cesionario del derecho equitativo de redención, ocupe la posición del deudor, para que, previo pago de lo adeudado al primer acreedor, lleve a efecto la redención; si no la hace, su derecho se extingue (he is foreclosed). Este procedimiento se repite con todos los acreedores posteriores, que deben redimir las cargas anteriores si no quieren perder su derecho. Finalmente, el deudor sólo puede redimir satisfaciendo la totalidad de lo que, por razón de cargas hipotecarias, responda la finca.

El plazo para la redención concedido en la sentencia sólo puede prorrogarse en circunstancias muy excepcionales (Novosiel ski v. Wakefield, 1811; Faulkner v. Bolton, 1835; Collinson v. Jeffrey, 1896).

9.2. Condonación de la deuda o liberación de la garantía (the - release of the debt or security).

La totalidad o parte de la deuda o de la garantía pueden -

condonarse o liberarse, antes o después de la fecha fijada para el pago, previa regularización plena o parcial de la deuda o sin que medie ninguna de estas circunstancias.

Condonando la deuda, se libera también su garantía (Cowper - v. Green, 1865). Para que sea vinculante la liberación de una deuda ha de hacerse a título oneroso (Taylor v. Manners, 1865) o, en caso contrario, es decir, si es a título gratuito, en forma solemne (under seal). Aunque una condonación no puede considerarse probada mediante una simple expresión de voluntad, no obstante, cuando el acreedor se comporta de tal modo que induce al deudor a tomar decisiones que rompen el equilibrio contractual en su propio perjuicio, aquél pierde la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación (Yeomans v. Williams, 1865). Es más, una declaración condonando de presente la deuda, oral y a título gratuito, es efectiva si va acompañada de la restitución de los títulos solemnes de propiedad (Strong v. Bird, 1874).

La condonación de la deuda se da frecuentemente en las transmisiones del derecho equitativo de redención, en su totalidad, en virtud de compraventa. El acreedor condona la deuda y libera la finca en favor del comprador del derecho equitativo de redención sobre ella -lógicamente, a cambio de otra garantía- y el deudor, vendedor, continúa siendo titular de la obligación primitiva. Asimismo, se puede llegar a un acuerdo de signo contrario entre los mismos sujetos: transmitido el derecho equitativo de redención, el acreedor puede liberar al deudor de la obligación hipotecaria, en consideración a un pacto en cuya virtud el adquirente se subroga en todos los términos de aquélla, con la misma garantía hipotecaria o con otra diferente.

La liberación de la garantía se suele hacer mediante acuerdo entre acreedor y deudor, a fin de permitir a éste la disposición de todo o parte de la finca hipotecada. Si el acreedor comparece

en la escritura, normalmente recibe todo o parte del precio de la venta para cancelación de su crédito, a menos que la parte del inmueble que continúe gravada con la hipoteca constituya suficiente garantía del total del préstamo. Cuando se libera la garantía no en función de una venta sino del pago parcial de la deuda, el acto se solemniza mediante un recibo legal (statutory receipt). En defecto de estos documentos, es necesaria una escritura de renuncia (surrender) del arrendatario o subarrendatario acreedor.

La condonación o liberación en una hipoteca equitativa se atiende a formalidades menos rigurosas: un recibo ordinario o una carta del acreedor manifestando no ser titular del crédito hipotecario sobre la finca beneficiada por la liberación o condonando la deuda.

9.3. Renuncia y modificación (waiver).

Respecto a la deuda en sí misma considerada, la renuncia del acreedor es ineficaz a menos que desemboque en condonación. Una simple renuncia no constituye sino la expresión de una intención, de un propósito, que ha de ir seguido de la condonación para que surta efectos sobre la obligación. Ahora bien, las facultades reales del acreedor pueden modificarse en virtud de "renuncia", supuesto que el renunciante sea conocedor de aquellas facultades y consciente del acto que realiza (Vyuyan v. Vyuyan, 1861).

La renuncia-modificación puede ser explícita o implícita (express or implied waiver). Los Tribunales no se muestran proclives a apreciar con generosidad la existencia de la renuncia implícita; una simple omisión u otros hechos similares no se consideran constitutivos de su existencia, a menos que de ellos se pueda inferir claramente la intención de renunciar.

Un supuesto muy común, que cabe citar a modo de ejemplo de renuncia-modificación, es el de la sustitución de la garantía, es decir, de subrogación real de la misma. Cuando se asevera - que hay renuncia al beneficio de una garantía real mediante la aceptación de otra en su lugar, recae sobre el dueño de la finca y no sobre el acreedor la carga de la prueba de haberse efectuado la subrogación real y, por consiguiente, de la libertad - de cargas del inmueble que estaba hipotecado. La simple aceptación de una garantía personal para asegurar el pago de intereses atrasados, no constituye renuncia de la garantía real existente (Banet v. Wells, 1700; Hardwick v. Mynd, 1793; Curtis v. Rush, 1814; Saunders v. Leslie, 1814). La ausencia de toda mención de la garantía original y la fijación de un tipo de interés superior al que regía para la obligación preexistente, han sido considerados como signos evidentes de que la nueva garantía ha sido tomada en sustitución de la anterior (Brett v. Burdett, 1864).

9.4. Confusión de derechos (merger).

La confusión de pertenencias tenía lugar, en el ámbito del Derecho común, cuando su titularidad de carácter legal (Radcliffe v. Bewes, 1892; Jones v. Davies, 1861) recaía en una misma persona. La pertenencia legal de menor amplitud se confundía, - quedaba absorbida, por la de mayor contenido. Según la Equidad, la confusión dependía de la intención de quienes resultaban - afectados por el acto que podía dar lugar a ella, criterio que ha pasado, con valor general, al Derecho de nuestros días. No - hay, por consiguiente, confusión de ninguna pertenencia dentro del ámbito del Derecho común cuyo titular no estuviera obligado a admitirla según las normas de la Equidad.

Los mismos criterios eran y son de aplicación a los derechos reales inmobiliarios y, por lo que ahora nos interesa, a -

las hipotecas. La norma equitativa, consagrada con carácter general en las leyes modernas, es que la simple unión de los dere -- chos en un mismo titular no es causa suficiente para que la con -- fusión se produzca; es preciso valorar también la voluntad del -- dueño en quien se reúnen ambos títulos.

La regla según la cual, "prima facie", la confusión resulta de la unión de carga hipotecaria y finca en unas mismas manos, -- se aplica cuando los derechos que se reúnen son absolutos. Cuan -- do un titular vitalicio de la pertenencia (tenant for life) u -- otro dueño limitado (v. 1.3. y 4. parte II, capítulo III) adque -- ren también la titularidad activa de la carga, las posiciones -- cambian sustancialmente. En primer lugar, no hay confusión puesto que no cabe suponer que el dueño limitado pretenda cancelar una deuda que recae sobre finca de otra persona. De aquí que la con -- fusión sólo se produzca cuando el dueño limitado manifieste la -- voluntad de que la carga se extinga en beneficio del titular del derecho futuro expectante (remainderman) (v. 5., parte II, cap. III) (Wyndham v. Earl of Egremont, 1775; Williams v. Williams-Nynn, 1915). La carga de la prueba recae en quien alegue que la finca está libre de la hipoteca (Countess of Shrewsbury v. Earl of Shrewsbury, 1790; Burrell v. Earl of Egremont, 1844).

La voluntad del dueño ha de expresarse mediante declaración o ha de poder inferirse de las circunstancias concurrentes. Dado que la voluntad puede formarse en cualquier momento en que se dé la doble coincidencia de que viva el dueño y que en él permanez -- can reunidas ambas titularidades, hay que considerar las circuns -- tancias concurrentes al producirse la unión subjetiva de dere -- chos y las sobrevenidas con posterioridad. En cualquier caso, la voluntad ha de ser evidente (Astley v. Miller, 1827).

El procedimiento más claro de evitar la confusión de dere -- chos es una declaración expresa de voluntad hecha en el instru -- mento jurídico en que se efectúa la unión de la hipoteca y de la pertenencia.

Cualquier acto relativo a la propiedad que indique que el -
dueño considera la carga hipotecaria subsistente, puede servir -
de evidencia contraria a la confusión de derechos (Hatch v. Skel-
ton, 1855; Moore v. Gibbon, 1909). Una intención favorable a la
confusión puede inferirse de una disposición testamentaria del -
dueño en la que no se haga referencia alguna a la carga o en la
que use un lenguaje adecuadamente calculado para reflejar la ple-
na libertad de cargas de la pertenencia (Swinfen v. Swinfen, -
1860; Re Lloyd's Estate, 1903).

Cuando no hay evidencia de voluntad contraria a la confusión
o la evidencia que pueda obtenerse no resulta decisiva, prima el
criterio que resulte más beneficioso para el dueño de la perte -
nencia (Adams v. Angell, 1877; Thorne v. Cann, 1895; Liquidation
Estates Purchase Co. v. Willoughby, 1896).

Este criterio de favor o protección del dueño de la finca -
en cuyas manos puede producirse la confusión, se pone de manifies -
to también al considerar inoperantes actos suyos que, por la for-
ma o palabras con que se realizan, revelan que su autor descono -
cía sus derechos, habiendo consumado una confusión que resulta -
claramente adversa a sus intereses (Burrell v. Earl of Egremont,
1844; Cornolly v. Barter, 1904; Fordham v. Greg, 1921).

Al dueño de una finca que crea sucesivas hipotecas sobre -
ella no le está permitido acogerse a una primera hipoteca, que -
aunque pudo no se extinguió por confusión con su pertenencia, es
grimiendo su existencia y parapetándose tras sus efectos, para -
defenderse de las legítimas pretensiones de los acreedores hipo-
tecarios posteriores. No obstante, el comprador del derecho equi-
tativo de redención, que sea primer acreedor de la pertenencia -
hipotecada, puede mantenerla en pie, interponiéndola entre su -
pertenencia y las pretensiones de los acreedores posteriores. La
primera hipoteca subsistirá, si esa es su intención; en caso con

trario, se extinguirá por confusión (Adams v. Angells, 1877; Whitley v. Delaney, 1914). En este punto, la doctrina emanada de la causa "Toulmin v. Steere" (1817) sostiene que la voluntad necesaria para mantener vigente la primera hipoteca, ha de ser efectiva y expresa o implícitamente deducida de las circunstancias concurrentes; a falta de ella, el comprador del derecho equitativo de redención carece de título para acogerse al beneficio de la presunción con el que evitar la confusión, por ser la solución más beneficiosa para él. La decisión jurisprudencial que comentamos, que tendría el valor de una excepción a la regla general, cuenta con fuerte oposición en la doctrina científica, que estima que se trata de una restricción injustificada a la aplicación del principio de la voluntad en cuanto regulador de los efectos de la confusión.

Un supuesto especial de confusión es el que se produce cuando se reúnen en un mismo titular dos garantías reales cuyo objeto sea el mismo; en tal caso la más débil queda absorbida por la más fuerte y se extingue. Así ocurre, por ejemplo, cuando una hipoteca equitativa de carácter informal -como la hipoteca constituida por el simple depósito de las escrituras solemnes de propiedad- va seguida de una hipoteca formal que se constituye entre los mismos sujetos y alcanza a cubrir idénticas responsabilidades pecuniarias que la hipoteca equitativa informal (Vaughan v. Vanderstegen, 1854). Al igual que ocurre en los otros supuestos de confusión, examinados con anterioridad, la de garantías de distinta fuerza o solidez tampoco se produce si el titular manifiesta, expresa o implícitamente, su voluntad en contrario. La mención, en el título constitutivo de cualquiera de las garantías, de que su constitución se lleva a efecto con el carácter de aseguramiento complementario o colateral, constituye impedimento para la confusión, así en Derecho común como en Equidad (Twopenny v. Young, 1824; Stamps Commissioners v. Hope, 1891; Barclays Bank, Ltd. v. Beck, 1952). La existencia de voluntad en

contrario también puede deducirse de la naturaleza del contrato o de los actos de las partes (Re Dix, 1841; Locking v. Parker, 1872).

9.5. Destrucción o pérdida del inmueble.

El beneficio en que la garantía real consiste puede extinguir se por la destrucción o pérdida de la finca que constituye su objeto. En el caso de hipotecas cuyo objeto sea un arrendamiento - real o pertenencia menos plena, la pérdida de la garantía puede - sobrevenir por confiscación (forfeiture) (v. 1.6.3., parte III, - capítulo III) de aquel derecho. La destrucción de edificios suele poner en juego los mecanismos compensatorios de los seguros pacta dos en previsión de tales sucesos. En todo caso, aunque la garan tía se pierda, la responsabilidad del deudor, derivada del pacto personal, subsiste.

10. LIQUIDACION DEL CREDITO HIPOTECARIO (ACCOUNTS).

- o - o - o -

* En Derecho inglés, los factores que han de tomarse en consideración para liquidar el crédito garantizado con hipoteca son mas numerosos y complejos que los que operan, con idéntica finalidad, en nuestro sistema hipotecario.

La diversidad de remedios tendentes a hacer efectiva la garantía, su naturaleza no siempre judicial, la posibilidad, consustancial con la hipoteca, de que el acreedor asuma la condición de poseedor de la finca, la dispensa de fijar inicialmente un tope a los capítulos de intereses y costas y gastos, en cuanto protección a terceros, constituyen otras tantas peculiaridades cuyo juego conjunto hacen de la liquidación del crédito hipotecario en Inglaterra una operación de mayor cabotaje y más enjundiosa que en España.

Antes de tener contacto con los detalles del régimen imperante en la materia, formularemos algunas consideraciones generales que pueden ayudarnos a captar mejor el significado de aquéllos.

Una liquidación practicada entre acreedor y deudor, tanto judicial como extrajudicialmente, les vincula no sólo a ellos sino también a todos los interesados en el derecho equitativo de redención. Obliga, por tanto, a los acreedores posteriores. Asimismo, las liquidaciones practicadas por efecto de una acción ejercitada por un acreedor posterior contra el deudor y el acreedor preferente, vincula a éstos en cuanto al importe de ambas deudas. La imperatividad de las liquidaciones realizadas exige, como requisito inexcusable, que estén representados en el acto de su realización todos los afectados por ella.

Las liquidaciones que hubieren adquirido estado de firmeza pueden, en casos especiales, ser revisadas, total o parcialmente. Hay libertad para investigar sobre cargos injustificados y falsedades cometidas, si se alega y prueba un error de hecho o de Derecho ya que, demostrada la existencia del mismo, hay expectativa racional de descubrir otros.

En caso de fraude, la liquidación puede ser revisada en su totalidad, aunque el número de años transcurridos sea muy considerable. Hay ejemplos jurisprudenciales de revisiones hasta 17 y 23 años después. De otra parte, la revisión puede decretarse no sólo en caso de fraude, sino también cuando la relación entre las partes, la forma en que la cuenta adquirió firmeza, o la naturaleza del error probado, demuestran que la liquidación practicada no puede considerarse como un acto vinculante para las partes que la firmaron.

Cuando media una acción comisoría o redentoria, el acreedor está facultado para exigir que se practique liquidación, contra el deudor, del principal, intereses y costas, incluyendo en este último concepto no sólo las costas procesales, sino también los gastos legítimamente realizados por razón de la deuda y su garantía; en cuanto al principal, el acreedor tiene derecho a integrarlo con todas las cantidades aseguradas con garantía real en la escritura de hipoteca, o que produzcan interés o que tengan naturaleza de principal, como ocurre con los pagos complementarios que exigen las "Building Societies". El cesionario del derecho equitativo de redención y el acreedor posterior a los que, en las acciones comisoría y redentoria, se les ofrece la posibilidad de pagar para evitar el decomiso de su derecho, ocupan la misma posición que el deudor a los efectos de la liquida

ción. Pero en tales acciones, la liquidación contra el deudor y contra quienes se subroguen en su situación, puede pasar de ser un derecho del acreedor a constituir una obligación suya, si alguno de ellos exige que se practique; en este caso, es ineludible el verificarla, a pesar de que el acreedor manifieste, bajo juramento, que el importe de su crédito es muy superior al valor de la pertenencia.

Si hay inseguridad sobre el montante del principal de la deuda, sea porque la suma mencionada en la escritura no se entregase, o debido a que se constituyera aquella en garantía de un crédito en cuenta corriente o por haberse producido entregas complementarias, se hace preciso determinar el importe exacto del capital adeudado y si no se obtiene evidencia de la cantidad realmente debida, al deudor sólo se le puede exigir como capital lo que reconozca haber recibido como tal.

Contemplada la liquidación de capital, intereses y costas, según lo estamos haciendo ahora, como una operación tendente a fijar con precisión la merma patrimonial que ha de experimentar el deudor, hemos de referirnos, genéricamente al papel que desempeñan las rentas y frutos habidos en la finca hipotecada.

El acreedor que se abstiene de ejercitar su derecho a tomar posesión del inmueble inmediatamente después de constituida la hipoteca, no puede pedir que se le rindan cuentas de las rentas y frutos correspondientes al periodo durante el que renunció al ejercicio de su derecho. Pero si toma posesión, tiene derecho a percibir los frutos de la finca y si requiere al arrendatario tiene derecho a percibir las rentas atrasadas y las posteriores. Si es el deudor

quien posee, tiene obligación de pagar renta desde el momento que sea requerido para ello por un administrador even -- tualmente nombrado.

En el caso de venta de la finca hipotecada llevada a -- cabo por el acreedor en ejercicio de su facultad al efecto, el deudor puede exigir que se practique liquidación de cuentas contra el acreedor respecto al precio obtenido, para -- ser reintegrado del eventual exceso. Con carácter general, los pagos de interés en exceso, en relación con lo pactado, realizados durante la vigencia del préstamo, son computa -- bles al capital al practicarse la liquidación definitiva.

El cesionario del crédito hipotecario está vinculado -- por el estado de cuentas entre deudor y acreedor. De aquí -- que, a pesar de que lo desconozca, la parte de la deuda que ya estuviere satisfecha le afecta, ya que no puede reclamar al deudor más de lo que este realmente deba al producirse -- la cesión.

La liquidación que se practica contra el acreedor hipotecario en posesión, ha de tener en cuenta lo percibido por él o lo que debió percibir desde la fecha de su toma de po -- sesión, de no haber existido en su conducta omisión volunta -- ria en la percepción de frutos y rentas. Se ha de contabiliz -- zar lo que reciba de cualquier persona a quien el acreedor hubiese puesto en posesión del inmueble, incluso sin just o título y en contravención de los derechos del deudor. Ahora bien, el acreedor-poseedor está sujeto a liquidación como -- tal si tomó posesión en su condición de titular del crédito, pero no si lo hizo en virtud de otro título. Tal es el caso, entre otros ejemplos, del acreedor que además es arrendata -- rio anterior del deudor y posee el predio por razón de este título.

El objeto de la liquidación son las rentas y frutos de toda índole obtenidos durante su posesión. Si percibe rentas de un arrendatario, aquellas se han de contabilizar en la cuantía convenida y si adquiere la posesión efectiva y directa del predio, se ha de tener en cuenta su máximo valor productivo que sea posible probar.

El modo usual de practicar la liquidación del crédito, cuando el acreedor está en posesión de la finca, es estableciendo el total montante de las rentas y frutos percibidos por él o que le sean imputables, y contraponiéndolo al importe total de lo debido por razón del crédito hipotecario. Esto se hace globalmente, al final del contrato, practicándose una liquidación completa de crédito y deuda.

En la práctica, durante la vida del contrato, la contabilización se realiza partiendo de tres cuentas parciales: la de principal, intereses y costas; la de expensas realizadas por el acreedor en reparaciones y mejoras permanentes y autorizadas, con intereses desde la fecha de realización del gasto y, por último, la de rentas y frutos. Se llega a un balance sumando las dos primeras liquidaciones y restando de ella el importe de la tercera. El resultado de practicar esta continua liquidación es que el acreedor se beneficia si las rentas y frutos exceden del interés, si es que no aplica el exceso a reducir el capital, con la consiguiente reducción de intereses. Posee el exceso de lo percibido por productos y rentas, sin pagar interés por ello, a pesar de que el interés del capital no disminuido continúa produciéndose de modo ininterrumpido. Pero si las rentas y frutos son menores que el interés, el que se beneficia es el deudor, puesto que la diferencia de intereses no compensada por rentas y frutos es una deuda adicional que pesa sobre él, deuda que no produce intereses.

Cuando los ingresos que la posesión del inmueble depara al acreedor son más que suficientes para cubrir los intereses del préstamo, se puede acudir a la liquidación con aplicación de excedentes. A intervalos regulares, durante la vigencia del préstamo, se fija un balance y el excedente favorable al deudor se aplica a reducir el capital. Es un método infrecuente ya que obliga al acreedor a cobrar el capital mediante "picos", por lo que sólo se justifica su aplicación coactiva si los frutos y rentas exceden con mucho al interés.

Contrariamente a la norma de carácter general sobre préstamos, en los de carácter hipotecario el interés ha de pagarse aún cuando no se haya pactado expresamente. Se producen diariamente, por lo que el acreedor tiene derecho a percibirlos mientras conserva su cualidad de tal. Cuando no se pacta nada sobre el pago de intereses después de la fecha fijada para la extinción de la deuda, los intereses son exigibles como daños. La obligación de pagarlos existe aunque expresamente se pacte que no han de abonarse, siempre que el impago sea achacable al deudor.

El acreedor puede también verse obligado a pagar intereses en determinados supuesto: si está en posesión y recibe frutos después de pagada la deuda o si, indebidamente, se opone a la cancelación y también si, después de ejercitar la facultad de venta, retiene el sobrante.

El anoticismo o intereses de intereses sólo es admisible en virtud de pacto, aunque sea implícito, y siempre - que no haya fraude u opresión para el deudor que deba satisfacerlos.

Los intereses son, asimismo, capitalizables cuando se decreta el decomiso en una acción ejercitada a tal fin por

el acreedor contra el deudor y los acreedores posteriores. - Si se conceden periodos sucesivos para la redención de la carga, cada vez que ésto ocurre, los intereses producidos en el interregno se capitalizan.

Cuando las partes no fijan tipo de interés pueden hacer lo los Tribunales, que se han inclinado generalmente por el 5%.

Si la hipoteca no puede amortizarse en la fecha fijada, por razón de la imposibilidad del acreedor hipotecario para devolver las escrituras, o si en una acción redentoria o comisoría no está en disposición de percibir el dinero en el lugar fijado, pierde todo derecho a percibir intereses a partir de esa fecha. Es decir, que el ofrecimiento de pago y disponibilidad del dinero a partir de ese momento, interrumpen el devengo de intereses.

El acreedor hipotecario está facultado para percibir las costas oportunamente producidas por él en una acción comisoría o redentoria, facultad que también asiste al acreedor equitativo. Tales costas son de imposición preceptiva al deudor, que está sujeto a condena en este concepto. Pero corre el riesgo de perder el derecho a su percepción por mala conducta en su condición de demandante (resistencia a la pretensión del deudor para redimir), pudiendo verse en la obligación de pagarlas si se comporta irracional o vejatoriamente para el deudor, ejercitando, por ejemplo, una acción comisoría, y resultando que nada se le debe.

Las costas a las que tiene derecho el acreedor son las causadas por ambas partes en el procedimiento y la escala de valoración de las mismas se rige por el montante inicial de

la deuda, y no por lo debido cuando el pleito comienza. El acreedor está, asimismo, autorizado a incluir en la liquidación de costas todos los gastos y expensas que razonable y adecuadamente hubiere realizado en la indagación, afirmación y defensa de su derecho. Son reclamables al deudor y a todos los demás interesados en el derecho equitativo de redención, y deben ser pagadas como requisito previo a la redención de la carga. Con el principal y los intereses constituyen una sola deuda y disfrutan de la misma preferencia de cobro.

El derecho del acreedor a ser satisfecho de las costas procesales se extiende al caso en que la propiedad hipotecada se venda según orden judicial.

En nuestro Ordenamiento jurídico, la liquidación extrajudicial del crédito hipotecario (capital, intereses y gastos o expensas, en su caso) ha de llevarse a efecto con sujeción a lo pactado. La ausencia de normas especiales sobre la operación liquidatoria en si misma considerada es total. Cuando la liquidación tiene lugar en el curso de alguno de los tres procedimientos ejecutivos a través de los cuales puede hacerse efectiva la acción hipotecaria, el mutismo del legislador es, asimismo, casi absoluto. El precio del remate -dice lacónicamente la regla decimosexta del art. 131 de la Ley Hipotecaria- se destinará, sin dilación, al pago del crédito hipotecario del actor. En parecidos términos, y con igual laconismo, se expresa el art. 1.516 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con algo más de detalle la regla 9ª del art. 235 del Reglamento Hipotecario. En efecto, esta última dispone que la cantidad obtenida en la subasta se destinará, en primer término, al pago del crédito del actor por principal e intereses, y, en segundo lugar, al pago de todos los gastos del procedimiento. Los detalles de la liquidación quedan relegados, en suma, a la práctica contractual o judicial.

La extensión de la hipoteca en cuanto al crédito asegurado es la base conceptual de la liquidación. Alcanza, al igual que en Derecho inglés, a la obligación principal, a los intereses y a las costas y gastos.

La determinación del capital asegurado no ofrece particularidad importante. En la inscripción de la hipoteca constará la naturaleza o característica de la obligación asegurada y la cantidad a que asciende la responsabilidad hipotecaria. En determinados casos, la fijación del capital o de la obligación garantizada con la hipoteca está sujeta a un régimen jurídico más complejo. Tal ocurre, por ejemplo, con la hipoteca de renta y con la hipoteca de máximo, cuya especie más importante es la que se establece en garantía de cuentas corrientes de crédito.

La hipoteca de renta (v. ROCA SASTRE, op. cit.; IV, 29 págs. 664 y sgs.) tiene como característica fundamental no garantizar obligación alguna de entrega de un capital, sino asegurar la obligación de satisfacer periódicamente una renta, canon o pensión en dinero (v. arts. 157 de la Ley y 248 del Reglamento). En la hipoteca de renta puede hablarse de capital, pero no en el sentido de capital cuya entrega o devolución sea asegurada por la hipoteca. Así, si se pacta la redimibilidad de la hipoteca de renta ha de haberse estipulado el importe del capital de redención. También ha de tenerse presente cuando el derecho de renta sea objeto de cualquier transmisión por acto entre vivos o por causa de muerte y cuando se transmita, judicial o extrajudicialmente, la cosa gravada con la hipoteca de renta, en los diferentes supuestos en que sea preciso tomar en cuenta su valor como carga intrínseca subsistente, descontable, y cuando la cosa

hipotecada es objeto de expropiación. En su fase ejecutiva, la hipoteca de renta permite al acreedor, con el producto - de la venta forzosa de la cosa gravada, satisfacerse del im porte de cada renta, pensión o prestación periódica vencida, y así sucesivamente mientras no se haya extinguido el derecho de renta.

La hipoteca de máximo (v. ROCA SASTRE, op. cit.; IV, 2º págs. 706 y sgs.) es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios. Su modalidad principal, según ya dijimos, es la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito - (v. arts. 153, 132, 4º de la Ley y 232, 245 y 246 del Reglamento).

El crédito asegurado por estas hipotecas consiste en - el saldo definitivo resultante de la ejecución de un contrato consensual de apertura de crédito en cuenta corriente. - El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente es - aquél por el que una de las partes (banquero, por lo general) se obliga, por tiempo fijo y cantidad máxima, a poner a disposición de la otra una suma de dinero, de la cual ésta podrá disponer de una vez o en fracciones, ya directamente, ya mediante operaciones que permitan obtenerlo, con facultad de reembolsarlo a voluntad durante el tiempo prefijado, y de volver a disponer de él nuevamente, y reintegrarlo, y así sucesivamente, procediéndose, una vez transcurrido di cho plazo, a la liquidación de la cuenta, al objeto de determinar el saldo definitivo a restituir, si lo hay.

La cantidad máxima de que responde la finca hipotecada se ha de fijar en la escritura, así como la duración de la cuenta y los plazos de liquidación de la misma. Para que -

pueda determinarse, al tiempo de la reclamación, la cantidad líquida a que asciende, los interesados llevarán una libreta de ejemplares duplicados en las cuales harán los asientos de la cuenta con su recíproca conformidad. Los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito podrán convenir que el saldo sea determinable por certificación de las mismas. En este último supuesto el deudor puede alegar error, que se dilucidará por los trámites procesales de los incidentes, o falsedad, lo que interrumpe el procedimiento hipotecario en base a la causa criminal que se incoe.

Cuando la hipoteca se constituye en favor de un crédito que devengue intereses (crédito fructífero), ya que la posibilidad contraria, a diferencia de lo establecido en Derecho inglés, es perfectamente admisible (art. 1.755 del C.c. y - 314 del C. de c.), surge el problema de si la misma alcanza a asegurar estos intereses y en qué medida.

Nuestro Derecho contiene una respuesta más compleja y elaborada a este problema que la dada por el Ordenamiento inglés. Este se adscribe al sistema de garantía plena, que asegura ilimitadamente todos los intereses que devengue el crédito hipotecario.

Sin embargo, la Ley Hipotecaria distingue tres supuestos a cada uno de los cuales trata de modo distinto. Cuando después de constituida la hipoteca no se hayan otorgado actos de enajenación o gravamen de la finca hipotecada rige, al igual que en Derecho inglés, el sistema de garantía plena en beneficio de todos los intereses impagados y no prescritos. Así se deduce de los arts. 114 y 146 de la Ley Hipotecaria.

Pero si después de constituida la hipoteca, surge un

tercer adquirente de la finca o de derechos reales sobre ella, aquélla, a falta de pacto, sólo asegurará los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. Dentro de este sistema de tope máximo en beneficio de los terceros adquirentes puede convenirse que la hipoteca asegure intereses por plazo de cinco años (art. 114 L.H.).

Finalmente, cuando la finca hipotecada no haya pasado a poder de un tercer poseedor -hayanse o no constituido e inscrito con posterioridad derechos reales sobre la misma- el acreedor hipotecario puede pedir ampliación de hipoteca, o mejor dicho, una nueva sobre los mismos bienes, para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al procedimiento anterior. Este sistema de ampliación de hipoteca no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella.

El anatocismo, en nuestro Ordenamiento jurídico (arts. 317 y 319 del C. de c.) exige, al igual que en Inglaterra, pacto o convenio entre las partes. Ahora bien, allí se admite su existencia mediante pacto implícito, lo que resulta muy dudoso en Derecho español, dado el severo tenor restrictivo de los citados arts. del Código de Comercio.

Las costas y gastos (v. ROCA SASTRE, op. cit.; IV, 12, págs. 520 y 521) son las expensas que han de efectuarse cuando, vencida la obligación hipotecaria, deba el acreedor entablar el correspondiente procedimiento de ejecución. En nuestro sistema, la extensión de la hipoteca a la seguridad de las costas sólo tiene lugar cuando la misma ha sido pactada expresamente hasta la cantidad máxima que se fije para tal fin. ROCA SASTRE estima que cuando no hay tercero perju-

dicado, podrá procederse ejecutivamente por cantidad superior a la fijada, cuando las costas y gastos causados excedan realmente de esta. En todo caso, el sistema español se aparta del inglés en el cual, al igual que sucede con los intereses, no hay tope a la hora de atender a las costas y gastos, si el importe de realización de la garantía lo permite.

Es cosa usual estipular la constitución de la hipoteca asegurando con ella una cantidad para pago de costas y gastos a cargo del deudor. Entendemos, no obstante, que la omisión de la imposición de esta obligación al deudor, no le exoneraría del deber de pagar este concepto, ya que el procedimiento del art. 131 de la L. H. es un juicio ejecutivo y la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.442, 1.445, 1.520 y 1.527, entre otros) hace continua referencia a la imposición de costas al ejecutado. Nuestro sistema y el inglés son, pues, coincidentes en este punto, coincidencia que emana de una lógica jurídica universal, puesto que quien se niega a pagar sus deudas legítimas provoca la necesidad de las costas y gastos procesales.

Entre los raros supuestos en que un acreedor con garantía real inmobiliaria goza de la posesión de la finca se cuenta el de la anticresis. La mínima regulación legal de la misma sería, en los extremos a los que vamos a hacer referencia, aplicable, asimismo, a la hipoteca con pacto anticrético.

Para comprobación del saldo de los frutos que percibe el acreedor y de los gastos que ha de soportar, éste debe rendir cuentas al deudor, salvo cuando se haya estipulado que los frutos se compensen con los intereses de la deuda

(art. 1.885). En tal caso es de suponer, comenta ALBALADEJO (op. cit. III, 2º, pág. 273) que las partes hayan calculado la compensación, no sobre el fruto de los frutos, sino sobre el neto de estos, habida cuenta de aquellos gastos.

De otra parte, el acreedor, salvo pacto en contrario, está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca y, asimismo, a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación. Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto (art. 1.882 del C.c.), todo lo cual ha de tenerse presente a la hora de practicar la liquidación antes indicada.

Por lo dicho en el comentario al precedente apartado 7 sabemos que el acreedor hipotecario que opta por seguir el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, está facultado, en virtud de la regla 6ª de dicho precepto, para solicitar la administración o posesión interina de la finca, si así se hubiere pactado o tuviere reconocido legalmente ese derecho. El acreedor percibirá rentas y frutos para cubrir los gastos de conservación y explotación y después su propio rédito.

Se trata, como tampoco ignoramos, de una facultad que no ~~esta~~ libre de control ni puede ejercitarse por tiempo ilimitado. La administración o posesión interina no puede prolongarse más de dos años, como norma general, y a su término el acreedor rendirá cuentas al Juez, que las aprobará, si procediere. Sin este requisito, no podrá proseguirse la ejecución.

En estos dos supuestos de rendición de cuentas del deudor al acreedor, las normas y usos brillan por su ausencia

porque son instituciones de muy escaso arraigo en el tráfico jurídico inmobiliario.

La liquidación, judicial o extrajudicial, que del crédito hipotecario se practique es a semejanza de lo establecido en Derecho inglés, susceptible de revisión cuando en ella hay inexactitudes. La que se efectue en el curso de un procedimiento es impugnabile incluso por terceros hipotecarios eventualmente perjudicados. Si el procedimiento hipotecario no hubiere finalizado podría servir de cauce para la impugnación. En otro caso, habría que acudir al juicio declarativo que por su cuantía correspondiera. El fundamento material de la impugnación está, en la mayoría de los casos, en la acción de enriquecimiento sin causa por cobro de lo indebido, regulada en los arts. 1.895 y sgs. del Código civil. Si mediare falsedad, habría lugar a una acción penal que llevaría inherente la de responsabilidad civil. *

- o - o - o -

10.1. Consideraciones generales.

10.1.1. Obligatoriedad y revisabilidad de las liquidaciones.

Una liquidación practicada entre acreedor y deudor, tanto judicial como extrajudicialmente, les vincula no sólo a ellos sino también a todos los interesados en el derecho equitativo de redención. Obliga, por tanto, a los acreedores posteriores (*Neddler v. Deeble*, 1677; *Williams v. Day*, 1680; *Wrixon v. Vize*, 1842). Asimismo, las liquidaciones practicadas por efecto de una acción ejercitada por un acreedor posterior contra el deudor y el acreedor preferente, vincula a éstos en cuanto al importe de ambas deudas (*Fazquharson v. Seton*, 1828).

La imparatividad de las liquidaciones realizadas exige, como requisito previo, que estén representados en el acto de su realización todos los afectados por ella. De aquí, que el deudor no quede obligado a estar y pasar por una liquidación practicada, sin su concurrencia, entre un adquirente de su derecho y el acreedor hipotecario (*Earl Macclesfield v. Fitton*, 1683; *Mangles v. Dixon*, 1852).

Las liquidaciones que hubieren adquirido estado de firmeza - (a settled or stated account) pueden, no obstante, en casos especiales, ser revisadas, total o parcialmente. En el primer supuesto se ordena que una nueva liquidación venga a sustituir a la anterior, de la que se prescinde, y en el segundo caso, aún cuando la liquidación en conjunto se mantiene como válida, si alguna de las partes acredita que determinada partida está falseada o sobrecargada, tiene derecho a que se practique la correspondiente rectificación parcial que, como es lógico, repercutirá en el conjunto (*Pit v. Cholmondeley*, 1754; *Heighington v. Grant*, 1845). Además, cuando se admite que una liquidación ya practicada contiene

un error, puede ser expurgada haciendo las comprobaciones y rectificaciones oportunas (Lawless v. Mansfield, 1841).

Para la obtención de plena libertad para investigar sobre - cargos injustificados y falsedades cometidas, se exige que, al me- nos, un error, de hecho o de Derecho, sea alegado y probado (Ver- non v. Vawdrey, 1740; Chambers v. Goldwin, 1804; Langstaffe v. - Fenwick, 1805; Daniell v. Sinclair, 1881, Parkinson v. Hanbury, 1867), ya que, demostrada la existencia de un error, hay la expec- tativa racional de descubrir otros (Coleman v. Mellersh, 1850).

En caso de fraude, la liquidación puede ser revisada, en su totalidad, aunque el número de años transcurridos sea muy conside- rable. Así lo confirma una muy abundante jurisprudencia en la que hay ejemplos de reapertura de cuentas 23 y 17 años después de - haberse practicado la liquidación (Vernon v. Wawdry, supra; All- frey v. Allfrey, 1849; Drew v. Power, 1803; Davies v. Spurling, - 1829; Clarke v. Tipping, 1846; Cheese v. Keen, 1908). La revisión se decreta, no sólo en el caso de fraude, sino también cuando la relación entre las partes, la forma en que la cuenta adquirió fir- meza, o la naturaleza del error probado, demuestran que la liquida- ción practicada no puede considerarse como un acto vinculante pa- ra las partes que la firmaron (Coleman v. Mellersh, supra; Lambert v. Still, 1894). En aplicación de estos principios generales se - ha considerado que errores importantes en número o cuantía, o la existencia de una relación de confianza entre las partes por ejem- plo -apoderado o fiduciario, uno del otro- son motivos suficien- tes para ordenar la total reapertura de la liquidación.

Cuando la persona que objeta la liquidación no es una de las partes que la practicaron, la confabulación entre éstas puede ser- vir de fundamento para decretar su apertura (Sherman v. Cox, 1674).

10.1.2. Liquidación dirigida contra el deudor (accounts against the mortgagor).

Cuando media una acción comisoria o redentoria (foreclosure or redemption action) (v. 7.4.3. y 9.1.10., precedentes) (Du Vigier v. Lee, 1843; Sober v. Kempt, 1847), el acreedor está facultado para exigir que se practique una liquidación inmediata (Pearse v. Hewitt, 1835) del principal, intereses y costas, incluyendo en este último concepto no sólo las costas procesales sino también los gastos legítimamente realizados por razón de la deuda y su garantía; en cuanto al principal, el acreedor tiene derecho a integrarlo con todas las cantidades aseguradas con garantía real en la escritura de hipoteca, o que produzcan interés, o que tengan naturaleza de principal, como ocurre, en cuanto a este último caso, con los pagos fijos (fines), de carácter complementario, que pueden exigir las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies) a sus prestatarios (Blackford v. Davis, 1869; Provident Permanent Building Society v. Greenhill, 1878).

Un cesionario del derecho equitativo de redención y un acreedor posterior al que, en las acciones comisoria y redentoria, - se le ofrece la posibilidad de pagar para evitar el decomiso de su derecho, ocupan la misma posición que el deudor en cuanto a la práctica de la liquidación de lo debido por todos conceptos (Melbourne Banking Corpn. v. Brougham, 1882; Mainland v. Upjohn, 1889).

El decomiso no puede ordenarse sin que se practique la correspondiente liquidación de capital, intereses y costas, si el deudor insiste en ello, a pesar de que el acreedor manifieste, bajo juramento, en el curso del procedimiento, que el importe de su crédito es muy superior al valor de la pertenencia.

La subsistencia de la carga constituye, "prima facie", prueba de la vigencia de la deuda para cuya garantía fue constituida (Piddock v. Brown, 1734) y si en la escritura se reconoce, en la forma usual, haberse hecho la entrega del préstamo, el acreedor no necesita acreditarla de otra manera, incluso frente a un comprador posterior de la pertenencia (Goddard v. Complin, 1669; - Holt v. Mill, 1692; Hampton v. Spencer, 1693). Pero si hay inseguridad sobre el montante del principal de la deuda, sea porque la suma mencionada en la escritura no se entregase, o debido a - que se constituyera aquélla en garantía de un crédito en cuenta corriente (Melland v. Gray, 1843), o por haberse producido entregas complementarias (further advances) (Gordon v. Graham, 1716), se hace preciso determinar el importe exacto del capital adeudado y si no se obtiene evidencia de la cantidad realmente debida, al deudor sólo se le puede exigir como capital lo que reconozca haber recibido como tal (Melland v. Gray, 1843). Cuando el préstamo lo realiza un abogado (solicitor) en favor de su cliente, - la existencia de la garantía hipotecaria no es prueba concluyente de entrega efectiva del préstamo, siendo preciso acreditar ésta por otros medios (Lewes v. Morgan, 1817; Lawless v. Mansfield, 1841; Gresley v. Moulsey, 1861).

Contemplada la liquidación de capital, intereses y costas, según lo estamos haciendo ahora, como una operación tendente a - fijar con precisión la merma patrimonial que ha de experimentar el deudor, hemos de referirnos al tema de las rentas y frutos - habidos en la finca hipotecada.

El acreedor hipotecario legal que, según ya sabemos (v. 7. 4.6. anterior), tiene derecho a tomar posesión del inmueble inmediatamente después de constituida la hipoteca, si se abstiene de hacerlo pierde todo derecho a que el deudor u otras personas actuantes, de un modo u otro, en su representación le rindan cuen-

tas de las rentas y frutos correspondientes al periodo durante - el que renunció al ejercicio de su derecho (Hele v. Lord Bexley, 1855; Flight v. Camac, 1856; Earle of Clarendon v. Barham, 1842). Pero si el acreedor requiere al arrendatario ocupante para que - le satisfaga la renta, tiene derecho a percibir las atrasadas y pendientes de pago en el momento del requerimiento y las posteriores, y si toma posesión directa del inmueble, tiene derecho a percibir sus frutos.

El acreedor equitativo tiene derecho a percibir las rentas y frutos producidos por el inmueble desde el momento en que insta su venta, con motivo de que el deudor incumpla sus obligaciones de pago. Pero si por algún motivo justificado adquiere el derecho a la posesión desde la celebración del contrato -por ejemplo, si en éste se reconoce expresamente su derecho a ella-, tiene las mismas facultades que un acreedor hipotecario legal (Re Postle, 1835; Re Gordon, 1889), por lo que no se le puede obligar a devolver lo que hubiere percibido por este concepto (Re Feeman, 1865).

Respecto a las mejoras, el deudor no puede computarlas en la liquidación de la hipoteca a pesar del beneficio que de ellas pueda obtener el acreedor (Norris v. Caledonian Insurance Co., - 1869).

El administrador (v. 7.4.5. de este capítulo) tiene derecho a percibir las rentas pendientes de pago en el momento de su designación (Re Ind, Coope & Co., 1911) y las futuras; si es el deudor quien posee, éste tiene obligación de pagar renta por su ocupación desde el momento en que sea requerido para ello por el administrador (Yorkshire Banking Co., v. Mullan, 1887).

10.1.3. Liquidación dirigida contra el acreedor y el cesionario de su derecho (accounts against the mortgagee and his assigns).

Una vez practicada la liquidación de lo que, por todos conceptos, se deba con motivo de una hipoteca, el deudor no puede acogerse al eventual beneficio de una cesión crediticia hecha por el acreedor a un adquirente que paga menos de aquella cantidad. El comprador que, actuando de buena fe, paga al acreedor menos de lo que se hubiere liquidado como importe de su crédito, tiene derecho a reclamar la integridad de éste al deudor, a los administradores-ejecutores de su herencia (Phillips v. Vaughan, 1685; Ascough v. Johnson, 1688) y a los acreedores posteriores (Monet v. Paske, 1740). No hay motivo para revisar las cuentas liquidadas por haber comprado por menos de la "par", en aplicación del principio de que el cesionario se subroga en la posición del cedente con la que no guarda relación directa el precio pagado por aquél. El cesionario, que se hace cargo de la parte azarosa que toda relación crediticia entraña, tiene derecho al eventual beneficio de un precio de compra más bajo que el del crédito, ventaja frente a la cual no puede esgrimir razones equitativas suficientes ni el deudor ni los acreedores posteriores (Dobson v. Land, 1850).

Esta norma admite excepciones. Si el adquirente del crédito es una persona que tiene en la pertenencia algún derecho distinto, como es lógico, del que tenga el deudor, el beneficio que la "rebaja" del precio representa con relación a las cuentas ya liquidadas se aplica a la pertenencia. Así, si el titular vitalicio de la pertenencia compra el crédito por menos de lo debido, la diferencia va en beneficio de la pertenencia, aminorando la deuda (Hill v. Browne, 1844). En el caso del ejemplo, y en otros similares, sólo se puede contabilizar contra el deu-

dor lo que se hubiere pagado por razón de la cesión del crédito y el interés legal o corriente, si éste es menor que el pactado - (Carter v. Palmer, 1842).

Además, el cesionario del crédito hipotecario está vinculado por el estado de las cuentas entre deudor y acreedor. De aquí que, a pesar de que lo desconozca, la parte de la deuda que ya estuvie re satisfecha le afecta, ya que no puede reclamar al deudor más - de lo que éste realmente deba al producirse la cesión (Porter v. Hubbard, 1673; Matthews v. Wallwyn, 1798; Chambers v. Goldwin, - 1804; Mangles v. Dixon, 1852) porque está sujeto a la liquidación total practicada o por practicar, en la que no se puede tener en cuenta el precio pagado por la cesión (Turner v. Smith, 1901; De Lisle v. Union Bank of Scotland, 1914). El acreedor cedente ya no queda vinculado directamente por futuras liquidaciones, pero puede ser obligado a participar en ellas para depurar sus eventuales responsabilidades frente al cesionario, de las que queda libre si su cesión se lleva a efecto según las instrucciones de un Tribunal (Hall v. Heward, 1886).

En el caso de venta de la finca hipotecada, llevada a cabo - por el acreedor en ejercicio de su facultad al efecto (v. 7.4.1. precedente), el deudor puede exigir que se practique liquidación de cuentas en relación con el precio obtenido para ser reintegrado del eventual exceso.

Los pagos de interés en exceso, en relación con lo pactado, realizados durante la vigencia del préstamo, son computables al - capital, al practicarse la liquidación definitiva (Re Carroll's - Estate, 1901).

10.1.4. Liquidación practicada contra el acreedor- poseedor account against the mortgagee in possession).

La liquidación que se practica contra el acreedor hipoteca -

rio en posesión ha de tener en cuenta lo percibido por él o lo - que debió percibir desde la fecha de su toma de posesión, de no haber existido en su conducta omisión voluntaria en la percepción de frutos y rentas. Se ha de contabilizar lo que reciba de cualquier persona a quien el acreedor hubiese puesto en posesión del inmueble, incluso sin justo título y en contravención de los derechos del deudor (*National Bank of Australasia v. United Hand in Hand, etc.*, 1879).

Si el acreedor-poseedor dispone del derecho del deudor, ejercitando la facultad de venta, la liquidación se ha de hacer trayendo a colación el producto de la venta o lo que debió percibir de no haber mediado omisión voluntaria de su parte pero, salvo en casos especiales, no hay investigación sobre la conveniencia de la venta o la idoneidad del precio (*Mayer v. Murray*, 1878; *Farrar v. Farrars, Ltd.*, 1888; *Lord Kensington v. Bouverie*, 1855).

El acreedor hipotecario en posesión del inmueble objeto de la garantía está sujeto a liquidación como tal si tomó posesión en su condición de titular del crédito, pero no si lo hizo en virtud de otro título (*Gaskell v. Gosling*, 1896). Tal es el caso, entre otros ejemplos, del acreedor que además es arrendatario del deudor y posee el predio por razón de este título (*Parkinson v. Hanbury*, 1867) o del que legalmente usa de la propiedad para fines inconexos con la hipoteca (*Re Colnbrook Chemical and Explosives Co.*, 1923).

En caso de duda, el Tribunal competente puede ordenar una investigación sobre el hecho de la posesión tendente a determinar si el acreedor percibe las rentas y frutos del inmueble; si esto se acredita, ha lugar a que se le liquide como acreedor-poseedor, habiéndose estimado suficiente para proceder a la liquidación que el acreedor admita o reconozca tener, por virtud de su título crediticio, la condición de poseedor (*Parker v. Watkins*, 1859).

Al acreedor hipotecario que toma posesión de la finca se le exige que sea diligente en la obtención y realización de lo que se le adeude por razón de su crédito, ya que la pertenencia ha de ser devuelta al deudor (Lord Kensington v. Bouverie, 1855; Langton v. Waite, 1869). Su responsabilidad por la liquidación de cuentas se extiende en favor de todos los interesados en el derecho equitativo de redención, sin que le sea dable realizar nada en relación con el inmueble que le permita descargarse de esta responsabilidad (Hinde v. Blake, 1841). El acreedor debe contabilizar todo lo que pueda recibir a partir de la orden que se le dé en tal sentido (Bulstrode v. Gandy, 1715) promovida por alguno de los interesados en el derecho equitativo de redención, como los acreedores posteriores.

El objeto de la liquidación son las rentas y frutos de otra índole obtenidos durante su posesión (Gould v. Tancred, 1742). Si percibe rentas de un arrendatario, aquéllas se han de contabilizar en la cuantía convenida (Lord Trimleston v. Hamill, 1810; Metcalf v. Champion, 1828) y si adquiere la posesión efectiva y directa del predio, se ha de tener en cuenta el máximo valor productivo que sea posible probar. Pero estas responsabilidades quedan mitigadas por las circunstancias del caso y, generalmente, no se le exige liquidar por más de lo que efectivamente hubiere recibido, a menos que se pruebe que de no mediar grave omisión, mala administración o fraude, habría recibido más.

10.1.5. Liquidación con aplicación de excedentes (taking accounts with rests).

El modo usual de practicar la liquidación del crédito cuando el acreedor está en posesión de la finca, es estableciendo el total montante de las rentas y frutos percibidos por él, o que le sean imputables, y contraponiéndolo al importe global de lo -

debido por razón del crédito hipotecario; aquellas cantidades se van aplicando sucesivamente para pago de intereses, anticipos - por razón de costas, mejoras realizadas, en su caso, y principal (Webb v. Rorke, 1806; Union Bank of London v. Ingram, 1880). Pero esto sólo se hace al final del contrato, cuando, si es preciso, se confecciona una liquidación completa de crédito y deuda.

En la práctica, durante la vida no contenciosa del contrato, la liquidación se realiza partiendo de tres liquidaciones parciales: la de principal, intereses y costas; la de expensas realizadas por el acreedor en reparaciones y mejoras permanentes y autorizadas, con intereses desde la fecha de realización del gasto y, por último, la de rentas y frutos. Se llega a un balance sumando las dos primeras liquidaciones y restando de ella el importe de la tercera (Thorneycroft v. Crockett, 1848; Wrigley v. Gill, - 1905). El resultado de practicar esta continua liquidación es - que el acreedor se beneficia si las rentas y frutos exceden en su importe al interés, si es que no se aplica el exceso a reducir el capital, con la consiguiente reducción de intereses. Posee el exceso de lo percibido por productos y rentas, sin pagar interés por ello, a pesar de que el interés del capital no disminuido continúa produciéndose de modo ininterrumpido. Pero si las - rentas y frutos son menores que el interés, el que se beneficia es el deudor, puesto que la diferencia de intereses no compensada por rentas y frutos es una deuda adicional que pesa sobre él, deuda que no produce intereses (Union Bank of London v. Ingram, supra).

Cuando los ingresos que la posesión del inmueble depara al acreedor son más que suficientes para cubrir los intereses del préstamo, se puede adoptar un método liquidatorio diferente, conocido con el nombre de liquidación con aplicación de excedentes (taking the account with rests). Un balance o resultado de la liquidación se fija, durante la vigencia del préstamo, a interva-

los regulares, previamente establecidos, y el excedente favorable al deudor se aplica a reducir el capital del préstamo (Thorney --croft v. Crockett, supra; Robinson v. Cumming, 1742).

El sistema de liquidación de cuentas con aplicación de excedentes no tiene carácter habitual (Gould v. Tanered, 1742; Davis v. May, 1815; Denovan v. Fricker, 1821; Scholefield v. Ingham, - 1838). A falta de pacto expreso, su aplicación solo es factible - si hay orden judicial en base a circunstancias que lo justifiquen, que han de alegarse y probarse (Fowler v. Wightwick, 1810; Webber v. Hunt, 1815; Wrigley v. Gill, 1905; Neeson v. Clarkson, 1845; - Blackford v. Davis, 1869). El carácter excepcional del sistema - tiene su fundamento en el principio según el cual el acreedor no puede ser obligado a aceptar el pago del capital mediante "picos" (driblets) que periódicamente le entregue el deudor; en suma, el método de pago por aplicación de excedentes tiene carácter penali- zador para él. Si los frutos y rentas exceden con mucho al inte- rés, la aplicación de este sistema se ha considerado justificada (Uttermare v. Stevens, 1851). La orden judicial para que la liqui- dación se haga con aplicación de excedentes suele fijar como inter- valo para su realización el mínimo de medio año y el máximo de - uno. Un método alternativo en cuanto a la fijación de los interva- los consiste en hacer las aplicaciones de vez en cuando, siempre que de hecho se hayan producido excedentes y, en todo caso, anual- mente.

Cuando por este procedimiento el deudor termina de pagar ínte-gramente su deuda, si el acreedor, no obstante, se mantiene en posesión del inmueble, se hace deudor de lo que perciba más los - intereses al tipo pactado para el préstamo.

10.2. Liquidación de intereses (accounts of interest).

10.2.1. Derecho a su percepción (the right to interest).

Contrariamente a la norma de carácter general sobre préstamos (Calton v. Bragg, 1812; Higgins v. Sargent, 1823; Page v. Newman, 1829), en los de carácter hipotecario el interés ha de pagarse aún cuando no se haya pactado expresamente, e incluso si se trata solamente de una hipoteca equitativa (Re Every, 1858; - Re Kerr's Policy, 1869) en su modalidad más simple: la constituida mediante el depósito de las escrituras solemnes de propiedad (Carey v. Doyne, 1856).

Los intereses hipotecarios se producen diariamente (Wilson v. Harman, 1755; Re Rogers' Trusts, 1860), por lo que el acreedor tiene derecho a percibirlos mientras conserva su cualidad de tal.

Cuando no se pacta nada expresamente sobre el pago de intereses después de la fecha fijada para la extinción de la deuda, los intereses son también exigibles, no contractualmente, sino como daños por la tardanza en el cumplimiento de la obligación, y, en consecuencia, en la medida del daño producido y reclamado (Price v. Great Western Rail Co., 1847; Morgan v. Jones, 1853; - Cook v. Fowler, 1874; Re Roberts, 1880; Goldstrom v. Tallerman, 1886; Re Horner, 1896; Mathura Das v. Raja Narindar Bahadur Pal, 1896). Si el deudor quiere evitar el pago de intereses subsiguientes, debe estar preparado para satisfacer la deuda en la fecha convenida y dar preaviso de que lo hará así. La obligación de pagar intereses posteriores a la fecha de vencimiento existe aunque expresamente se pacte que no han de abonarse, siempre que el impago sea achacable al deudor (Price v. Great Western Rail Co., 1847; Gordillo v. Weguelin, 1877).

Para determinar el tipo de los intereses subsiguientes, los Tribunales toman en consideración el pactado, pero no están

obligados a seguirlo con exactitud, salvo pacto en contrario. Lo normal es que acepten éste si no excede del 5% anual (Re Roberts supra; Re King, 1881).

El acreedor puede también verse obligado a pagar intereses en determinados supuestos: si está en posesión y recibe frutos y rentas después de pagada la deuda (Ashworth v. Lord, 1887) o si, indebidamente, se opone a la cancelación (Smith v. Pilkington; - 1859) y también si, después de ejercitar la facultad de venta, - retiene el sobrante (Charles v. Jones, 1887).

Si un acreedor anterior, que no toma posesión del inmueble, tolera que se produzcan atrasos en el pago de los intereses, el acreedor posterior no puede redimir la carga precedente, sin satisfacer los intereses debidos en su totalidad (Aston v. Aston, 1750), siempre que no haya fraude o confabulación en contra de - este último (Bentham v. Haincourt, 1691).

10.2.2. Capitalización de intereses (capitalisation of interest).

Los intereses de intereses o de cantidades que constituyen penalización por impago de capital e intereses ya vencidos, no - son admisibles, a menos que haya pacto de anatocismo (Procter v. Cooper, 1700; Thornhill v. Evans, 1742; Parker v. Butcher, 1867; Daniell v. Sinclair, 1881). Así, en una hipoteca a favor de un - Banco para garantizar el pago de determinada suma de dinero al - interés pactado, no está permitido al Banco, a falta de pacto ex - preso, imputar al deudor intereses compuestos de lo debido (Stewart v. Stewart, 1891; Mosse v. Salt, 1863; London Chartered - Bank of Australia v. White, 1879). Pero si la garantía constitui - da a favor del Banco lo es para respaldar el pago del saldo re - sultante a su favor de un crédito en cuenta corriente, hay pacto implícito para el pago de intereses compuestos, mediante la capi - talización del saldo cada año o medio año (Croskill v. Bower, -

1863; National Bank of Australasia v. United Hand-in-Hand, etc., Co., 1879).

En suma, el anatocismo es válido siempre que no haya fraude u opresión del deudor (Clarkson v. Henderson, 1880) y pueda probarse la existencia de un pacto, aunque sea implícito, para la capitalización de los intereses (Wrigley v. Gill, 1906; Davy v. Turner, 1970).

Para que, después de constituida la hipoteca, sea válida la capitalización de intereses inicialmente no pactada, es preciso un acuerdo expreso entre las partes contratantes o una petición "ad hoc" formulada por el acreedor en el escrito de demanda.

Los atrasos de interés son capitalizables con motivo de la transmisión del derecho hipotecario del acreedor, si ésta se lleva a cabo con la concurrencia del deudor (Ashenhurst v. James, 1745; Earl of Macclesfield v. Fitton, 1683; Mathews v. Wallwyn, 1798; Chambers v. Goldwin, 1804; Mangles v. Dixon, 1852), pero no si la operación se consuma sin su concurrencia (Cottrell v. Finney, 1874).

Los intereses son, asimismo, capitalizables cuando se decreta el decomiso (v. 7.4.3. del presente capítulo) en una acción ejercitada a tal fin por el acreedor contra el deudor y los acreedores posteriores. Si se conceden periodos sucesivos para la redención de la carga, cada vez que esto ocurre, los intereses producidos en el interregno se capitalizan.

10.2.3. Tipo de interés permitido (the rate of interest allowed).

Como complemento y desarrollo de lo ya dicho sobre tipo de interés en 3.4. anterior, cabe añadir algunas cosas.

Es norma claramente establecida, aunque poco explicable, que si el acreedor desea estipular un interés mayor para el caso de demora, ha de imponer dicho interés penalizador como si fuera el normal del préstamo, estableciendo una reducción del mismo al tipo normal, para el caso de que el deudor cumpla puntualmente sus obligaciones (Strode v. Parker, 1964; Jory v. Cox, 1701; Walmsley v. Booth, 1741). Se estima que el tratamiento contractual inverso es contrario a la Equidad (Holles v. Wyse, 1693; Nicholls v. Maynard, 1747; Wallingford v. Mutual Society, 1880).

Por el contrario, un pacto para el pago de un interés especial por razón de las amortizaciones fijas, y de vencimiento periódico de capital e intereses (instalments) correspondientes al plazo que medie entre la fecha del vencimiento y la del pago efectivo, ha sido estimado por la jurisprudencia como una cláusula válida por no ser de carácter penal (General Credit and Discount Co. v. Clegg, 1883).

Cuando las partes no fijan tipo de interés pueden hacerlo los Tribunales; éstos se han inclinado generalmente por el 5% anual (Ashwell v. Staunton, 1861; Mendl v. Smith, 1943; Re Kerr's Policy, 1869; Re Drax, 1903; Cityland and Property (Holdings) Ltd. v. Dabrah, 1968; Congresbury Motors, Ltd. v. Anglo-Belge Finance Co., Ltd. 1970).

Un acuerdo no escrito, reduciendo el tipo de interés de una hipoteca, es válido, pero, a falta de evidencia o de alguna prueba suficiente del mismo, no es posible exigir su cumplimiento (Lord Milton v. Edgworth, 1773; Gregory v. Pilkington, 1857; Re Venning, 1947). Si se pagan intereses a un tipo superior al pactado, el exceso puede ser aplicado a reducir el capital del préstamo (Tyler v. Manson, 1826).

10.2.4. Interrupción en el devengo de intereses (when interest ceases to run).

Si la hipoteca no puede amortizarse en la fecha fijada, por razón de la imposibilidad del acreedor hipotecario para devolver las escrituras, o si en una acción redentoria o comisoria no está en disposición de percibir el dinero en el lugar fijado, pierde todo derecho a percibir intereses a partir de esa fecha. Si la omisión del acreedor es el resultado de un error y el deudor también omite su comparecencia o debida colaboración al acto del pago, el acreedor no puede ser obligado a aguardar otros seis meses, señalándose un nuevo y breve plazo del orden de diez días - (Lord Middleton v. Eliot, 1847; Hughes v. Williams, 1853; James v. Rumsey, 1879).

Con sujeción a lo que acabamos de indicar, el crédito deja de producir intereses desde la fecha en que se hace un ofrecimiento correcto de pago del total de su importe (Lutton v. Rodd, 1675; Roberts v. Jefferys, 1830; Cliff v. Wadseorth, 1843; Kinaird v. Trollope, 1889; Rourke v. Robinson, 1911; Edmondson v. Copland, 1911; Graham v. Seal, 1918). Pero ha de demostrarse que desde la fecha del ofrecimiento, el deudor mantuvo disponible el dinero sin obtener provecho de él. Si se demuestra lo contrario, el interés vuelve a correr (Lutton v. Road, supra; Gyles v. Hall 1726).

En el caso de que el acreedor compre la pertenencia hipotecada, y aún cuando fuere acreedor-poseedor, si la ejecución del contrato de compraventa se difiere durante algún tiempo, se entiende que la hipoteca se considera con independencia de la compra y el interés pactado con motivo de aquélla no deja de producirse (Wallis v. Bastard, 1853).

10.3. Costas (costs).

El acreedor hipotecario está facultado para percibir las costas oportunamente producidas por él en una acción comisoría o redentoria, facultad que también asiste al acreedor equitativo, incluso en caso de constitución de la carga mediante depósito de las escrituras solemnes de propiedad, con o sin memorandum escrito (R. v. Chambers, 1840; Wade v. Ward, 1859; Cotterell v. Stratton, 1874; Central Mortgage and Housing Corp'n. v. Johnson, 1972). Pero puede perder el derecho a su percepción por mala conducta en su condición de demandante (por ejemplo, resistiendo la legítima pretensión del deudor para redimir), pudiendo verse en la obligación de pagarlas si en el ejercicio de determinada acción se comporta irracional o vejetariamente con el deudor (por ejemplo, si ejercita una acción comisoría y resulta que nada se le debe) - (Bank of New South Wales v. O'Connor, 1889; Re Wallis, 1890). De todos modos, los Tribunales se apartan de la regla general con desgana e incluso, tiempo atrás, han dudado de sus poderes para imponer las costas al acreedor (Francklyn v. Fern, 1740; Detillin v. Gale, 1802). Sin embargo, actualmente hay seguridad positiva al respecto.

Después de que la liquidación de capital, intereses y costas se ha practicado en una acción comisoría, el Tribunal no decreta la revisión del procedimiento para incluir en la liquidación costas causadas por el demandante en una acción por razón de distinto crédito, aunque sea hipotecario y contra el mismo deudor, y no obstante resultar que el producto de la venta del inmueble objeto del último procedimiento sea insuficiente para satisfacer sus pretensiones por razón de la existencia de hipotecas anteriores (Bannon v. Lancefield, 1853).

Las costas a las que tiene derecho el acreedor son las causadas por ambas partes en el procedimiento y la escala de valoración de las mismas se rige por el montante inicial de la deuda y no por lo debido cuando el pleito comienza (Cotterell v. Stratton, 1874).

El acreedor está, asimismo, autorizado a incluir en la liquidación de costas todos los gastos y expensas que razonable y adecuadamente hubiere realizado en la indagación, afirmación y defensa de su derecho (Dryden v. Frost, 1838; National Provincial Bank of England v. Games, 1886), así como en la recuperación del crédito hipotecario (Ellison v. Wright, 1827). Esto es consecuencia de que el derecho a las costas en las acciones comisorias y redentorias, está basado en el principio de que el acreedor hipotecario ha de ser compensado en la medida en que actúe razonablemente en su condición de tal (Detillin v. Gale, 1802). Se incluyen en este apartado, principalmente, las costas producidas en determinados procedimientos que puedan promoverse con carácter "auxiliar" y previo de las acciones hipotecarias -comisorias y redentorias- propiamente dichas (Jones v. Chennell, 1878; Re Beddoe, - 1893), como los conducentes a obtener o recuperar la posesión del inmueble.

Las costas -tanto las causadas directamente en las acciones comisorias y redentorias como los gastos y expensas asimilables a ellas en función de lo indicado en el párrafo anterior- no pueden exigirse al deudor en función de la acción personal que permite también la recuperación del crédito (Re Sneyd, 1883; Sinfield v. Sweet, 1967), a menos que por pacto expreso el deudor se haya comprometido a ello personalmente (Langton v. Langton, 1854). Sin embargo, son reclamables al deudor y a todos los demás interesados en el derecho equitativo de redención, y deben ser paga-

das como requisito previo a la redención de la carga (Frazer v. Jones, 1842; Dunstan v. Patterson, 1847; Cotterell v. Stratton, 1874; Re Wallis, 1890). Con el principal y los intereses constituyen una sola deuda y disfrutan de la misma preferencia de cobro (Barnes v. Racster, 1842; Johnstone v. Cox, 1881; Harpham v. Shacklock, 1881; Pollock v. Lands Improvement Co., 1888; Re Baldwin's Estate, 1900).

En una acción ejercitada para determinar la prelación respectiva de varias hipotecas, las costas deben ser satisfechas, en principio, por cada uno de los respectivos litigantes; es decir, cada uno las causadas por su intervención en el procedimiento. No obstante, el Tribunal juzgador tiene facultades, en función de las circunstancias del caso, para imponerlas en su totalidad a alguna de las partes (Harpham v. Shacklock, 1881).

Las costas que tiene derecho a percibir el acreedor en una acción comisoría o redentoria son de imposición preceptiva al deudor; es decir, respecto a ellas no asiste a los Tribunales la facultad discrecional de imposición que tienen respecto a las costas procesales en general. No les afecta el principio de que la apelación de una decisión judicial sobre el particular es admisible sólo según criterio discrecional del juzgador; por ello, cuando el acreedor se ve privado de las costas por su presunta mala conducta como acreedor demandante, tiene derecho a apelar, y si sale triunfante en la apelación tiene derecho a incrementar aquéllas con el importe de las causadas con motivo del recurso (Addison v. Cox, 1872; Turner v. Hancock, 1882; Re Knight's Will 1884; M'Donnell v. M'Hahon, 1889). De otra parte, si a pesar de que al acreedor se le formule el cargo de mala conducta, el Tribunal le reconoce el derecho a percibir las costas, ello se hace en el ejercicio de facultades discrecionales del juzgador y el deudor carece del derecho a apelar (Charles v. Jones, 1886). Las restricciones para la apelación en materia de costas solamente -

se refieren a las que son propias de la acción comisoria o redentoria y no de las que pueden venir a incrementarlas, en concepto de gastos y expensas, respecto de las cuales el deudor puede apellar libremente (re Chennell, 1878).

Cuando el acreedor hipotecario vende la finca en ejercicio de la facultad legal que le asiste en tal sentido, el exceso que resulte de aplicar el producto de la venta al pago de su crédito queda en su poder en calidad de fideicomiso implícito o tácito - (Banner v. Benidge, 1881) en favor de quienes sean titulares del derecho equitativo de redención. De aquí que una acción del segundo acreedor hipotecario para una liquidación de su crédito sobre el sobrante, no sea considerada como una acción redentoria, quedando, por tanto, al márgen de la regla que faculta al primer acreedor al cobro de todas las costas procesales. No obstante, - si la acción se ocasiona por rehusar el primer acreedor la práctica de la liquidación pedida por el posterior o si practicada - ésta resulta tener en fideicomiso cantidad mucho mayor a la reconocida por él, puede verse obligado al pago de las costas del - procedimiento (Tanner v. Heard, 1857; Charles v. Jones, 1837; - Williams v. Jones, 1911).

Por el contrario, el derecho del acreedor a ser satisfecho de las costas procesales se extiende al caso en que la propiedad hipotecada se venda según orden judicial (v. 7.4.2. precedente) (Upperton v. Harrison, 1835; Chissum v. Dewes, 1828; Wild v. - Lockhart, 1847; Cook v. Hart, 1871; Wonham v. Machin, 1870; Leonard v. Kellet, 1891), incluyendo también los gastos que por razón de la venta misma hubiere de satisfacer el acreedor (Dighton v. Withers, 1862; Re Oriental Hotels Co., 1871; Batten v. Wedgwood Coal and Iron Co., 1884; Lathom v. Greenwich Feny Co., 1895).